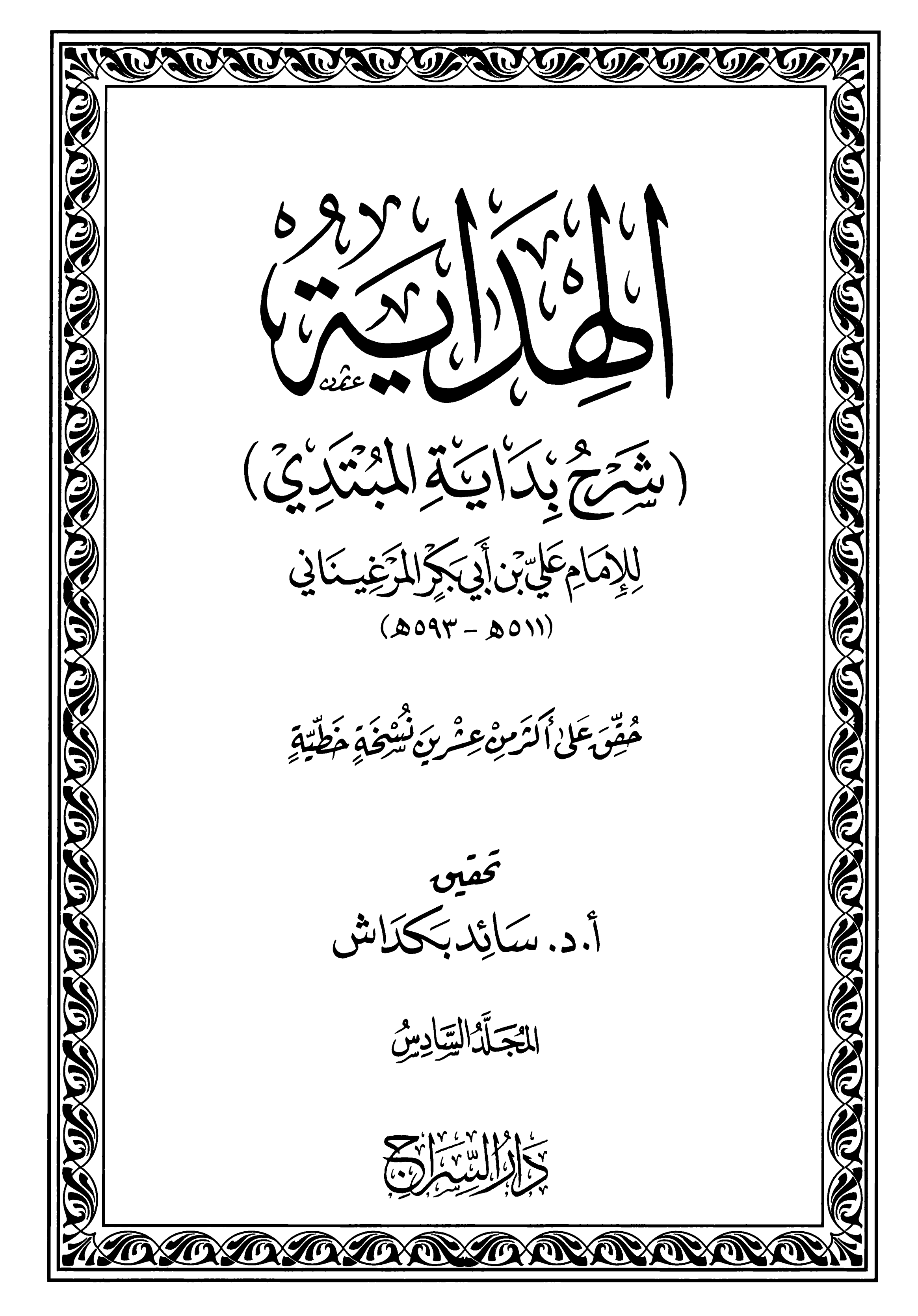


الهداية

(شرح بداية المبتدي)

للإمام علي بن أبي بكر المرغيناني
(٥١١هـ - ٥٩٣هـ)

حقق على أكثر من عشرين نسخة خطية

تحقيق
أ.د. سائد بكداش

المجلد السادس

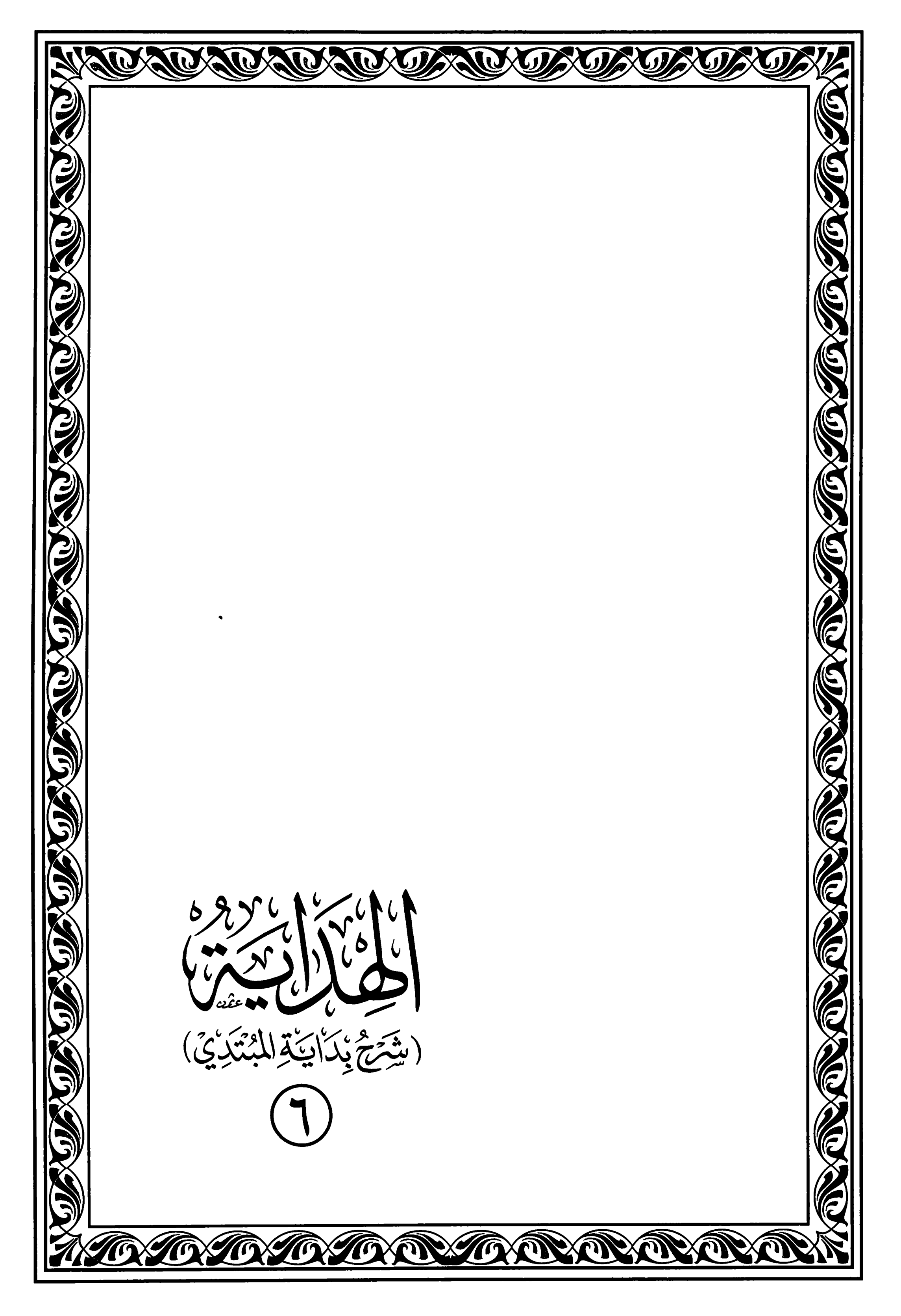
دار السراج



هدايتُنا هذه قد غَدَتْ　　طِرازاً لِمَذْهَبِنا المُـذْهَبِ

فألفـاظُها دُرَرٌ كلُّها　　وما مِثلُها قَطُّ في مَذْهَبِ

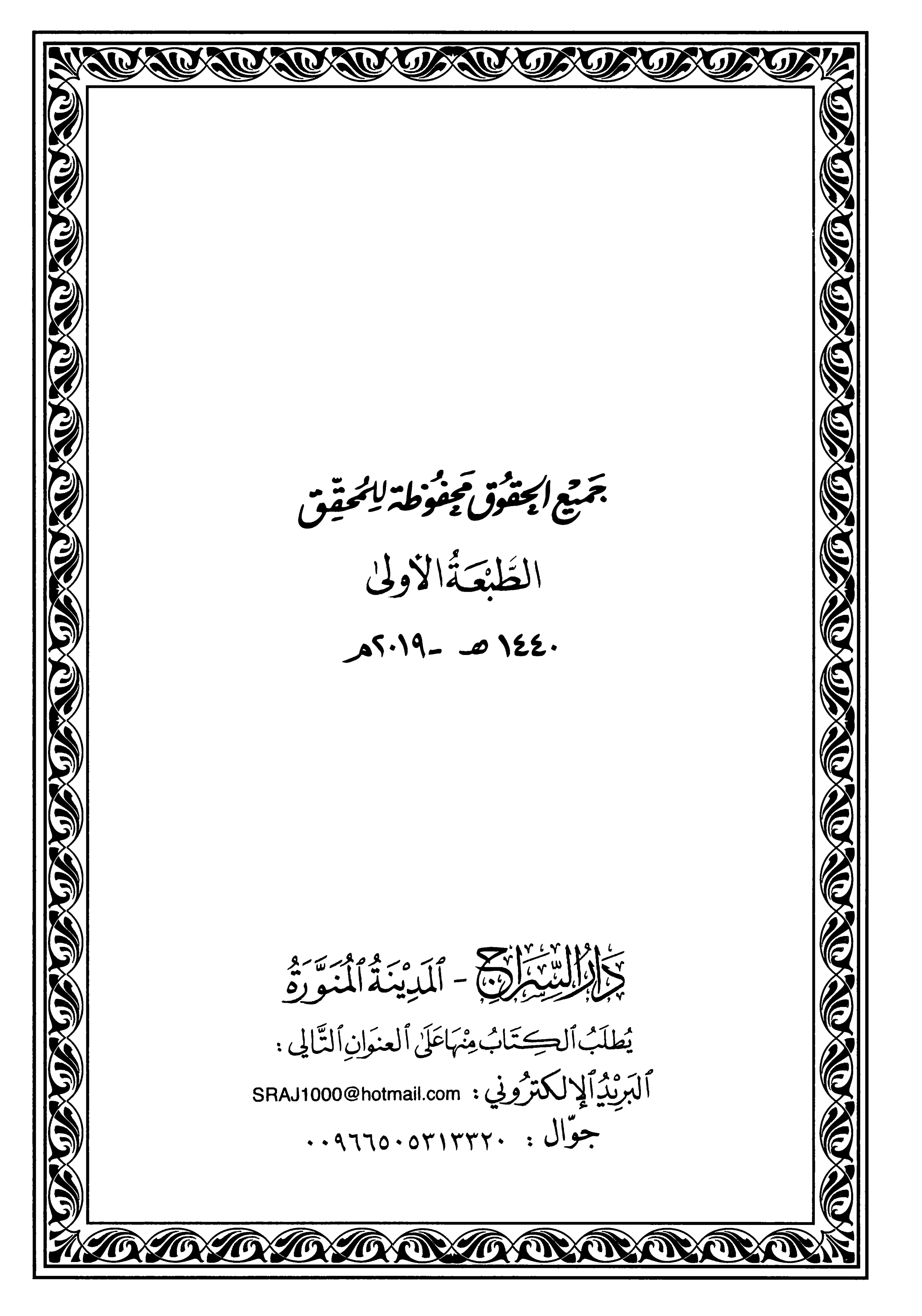
(زُيِّنَت بهذَيْن البيتَيْن غُرَّةُ نسخة ٧٣٢هـ)



الهداية

(شرح بداية المبتدي)

٦



الطبعة الأولى

١٤٤٠ هـ - ٢٠١٩م

دار السراج - المدينة المنورة

يطلب الكتاب منها على العنوان التالي :

البريد الإلكتروني : SRAJ1000@hotmail.com

جوال : ٠٠٩٦٦٥٠٥٣١٣٣٢٠

كتاب الإجارات

الإجارةُ عقدٌ يَرِدُ علىٰ المنافعِ بعِوَضٍ.

كتاب الإجارات

قال: (الإجارةُ عقدٌ يَرِدُ علىٰ المنافعِ بعِوَضٍ).

لأن الإجارةَ في اللغة عبارةٌ عن بيع المنافع، والقياسُ يأبىٰ جوازَه؛ لأن المعقودَ عليه المنفعةُ بعوضٍ، وهي معدومةٌ، وإضافةُ التمليك إلىٰ ما سيوجد: لا تصحُّ، إلا أنَّا جوَّزناها[1] لحاجة الناس إليها.

وقد شَهِدَتْ بصحتها الآثارُ، وهو قولُه عليه الصلاة والسلام: «أَعْطُوا الأجيرَ أجرَه قبلَ أن يَجِفَّ عَرَقُه»[2].

وقولُه عليه الصلاة والسلام: «مَن استأجَرَ أجيراً فليُعْلِمْه أجرَه»[3].

---

(١) أي الإجارة، وفي نُسخ: جوَّزناه. أي عقد الإجارة.

(٢) سنن ابن ماجه (٢٤٤٣)، السنن الصغرىٰ للبيهقي (٢١٦١)، وله عدة طرق في كل منها مقال، لكن يقوىٰ بمجموعها، كما قال المنذري في الترغيب والترهيب ٥٨/٣، وينظر نصب الراية ١٢٩/٤، البدر المنير ٣٨٣/١٧..

(٣) الآثار لمحمد بن الحسن ص١٦٧، مسند أحمد ٥٩/٣، مصنف عبد الرزاق (١٥٠٢٤) بلفظ: فليسم له إجارته، سنن البيهقي (١١٦٥١).

قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٩٧/٤: «رجال أحمد رجال الصحيح، إلا أن إبراهيم النخعي لم يسمع من أبي سعيد فيما أحسب». اهـ، لكن «وَصَلَه البيهقي من طريق أبي حنيفة»، كما قال ابن حجر في بلوغ المرام مع سبل السلام ٨٢/٣، وينظر نصب الراية ١٣١/٤، والتلخيص الحبير ٦٠/٣.

ولا تصحُّ حتىٰ تكونَ المنافعُ معلومةً، والأجرةُ معلومةً.

وما جاز أن يكون ثمناً في البيع : جاز أن يكون أجرةً في الإجارة.

والمنافعُ تارةً تصيرُ معلومةً بالمدة، كاستئجار الدُّوْر للسُّكنىٰ، والأَرَضَيْنَ للزراعة، فيصحُّ العقدُ علىٰ مدةٍ معلومةٍ، أيِّ مدةٍ كانت.

وتنعقدُ ساعةً فساعةً علىٰ حَسَبِ حدوثِ المنفعة.

والدارُ أُقيمتْ مَقامَ المنفعة في حَقِّ إضافة العقد إليها؛ ليرتبطَ الإيجابُ بالقَبول، ثم عملُه يَظهرُ في حقِّ المنفعة مِلْكاً واستحقاقاً حالَ وجودِ المنفعة.

قال: (ولا تصحُّ حتىٰ تكونَ المنافعُ معلومةً، والأجرةُ معلومةً)؛ لِمَا رَوَيْنا.

ولأن الجهالةَ في المعقودِ عليه وبدلِه تُفضِي إلىٰ المنازعة، فصار كجهالة الثمنِ والمُثمَنِ في البيع.

قال: (وما جاز أن يكون ثمناً في البيع: جاز أن يكون أجرةً في الإجارة)؛ لأن الأجرةَ ثمنُ المنفعة، فتُعتبرُ بثمن المبيع.

وما لا يَصلُحُ ثمناً في البيع[١]: يصلُحُ أجرةً أيضاً، كالأعيان[٢]، فهذا اللفظُ لا ينفي صلاحيةَ غيرِه؛ لأنه عوضٌ ماليٌّ.

قال: (والمنافعُ تارةً تصيرُ معلومةً بالمدة، كاستئجار الدُّوْر للسُّكنىٰ، والأَرَضِيْنَ للزراعة، فيصحُّ العقدُ علىٰ مدةٍ معلومةٍ، أيِّ مدةٍ كانت).

---

(١) كالأعيان التي ليست من ذوات الأمثال، كالحيوانات والعدديات المتفاوتة، فإنها لا تصح ثمناً أصلاً. البناية ١٣/١٣.

(٢) أي عيناً بعين، كمن استأجر داراً بثوبٍ حاضر مشارٍ إليه.

وتارةً تصيرُ المنافعُ معلومةً بالتسمية، كمَن استأجر رجلاً علىٰ صَبْغِ ثوبِه، أو خياطته، أو استأجر دابةً ليَحمِلَ عليها مقداراً معلوماً، أو يَركبَها مسافةً سمَّاها.

لأن المدةَ إذا كانتْ معلومةً: كان قَدْرُ المنفعة فيها معلوماً إذا كانت المنفعةُ لا تتفاوت.

وقولُه: أيِّ مدةٍ كانت: إشارةٌ إلىٰ أنها تجوزُ، طالتِ المدةُ أو قَصُرتْ؛ لكونها معلومةً، ولتحقُّق الحاجةِ إليها عسىٰ[1].

وفيه خلافُ الشافعي[2] رحمه الله.

إلا أنَّ في الأوقافِ لا تجوزُ الإجارةُ الطويلةُ؛ كي لا يدَّعِيَ المستأجرُ مِلْكَها، وهي ما زاد علىٰ ثلاث سنين، هو المختارُ.

قال: (وتارةً تصيرُ المنافعُ معلومةً بالتسمية[3]، كمَن استأجر رجلاً علىٰ صَبْغِ ثوبِه، أو خياطته، أو استأجر دابةً ليَحمِلَ عليها مقداراً معلوماً، أو يَركبَها مسافةً سمَّاها).

لأنه إذا بيَّن الثوبَ، ولونَ الصِّبْغ، وقَدْرَه، وجنسَ الخياطة، والقدرَ المحمولَ، وجنسَه، والمسافةَ: صارت المنفعةُ معلومةً، فيصحُّ العقدُ.

---

(١) كلمة: عسىٰ: هنا وقعت مجرَّدةً عن الاسم، والخبرُ تقديرُه: عسىٰ الاحتياجُ إلىٰ المدة الطويلة يقعُ، وأهلُ العربية يأبَوْن ذلك. البناية ١٣/١٥.

(٢) فله ثلاثة أقوال: أي مدة، وسنة، وثلاثون سنة. نهاية المطلب ١١/١١٠.

(٣) وفي نُسخ: بنفسه. قلت: قال في البناية ١٣/١٦: أي بنفس عقد الإجارة. اهـ، ورجَّح قاضي زاده في نتائج الأفكار ٨/٩ لفظ: بالتسمية، وأشار إلىٰ النُّسَخ.

وتارةً تصيرُ المنفعةُ معلومةً بالتعيين والإشارة، كمَن استأجر رجلاً لينقلَ له هذا الطعامَ إلىٰ موضعٍ معلومٍ.

وربما يُقال: الإجارةُ قد تكونُ عقداً علىٰ العمل، كاستئجار القصَّار والخيَّاط، ولا بدَّ أن يكون العملُ معلوماً، وذلك في الأجيرِ المشترك.

وقد تكونُ عقداً علىٰ المنفعة، كما في أجيرِ الوَحْدِ[1]، ولا بدَّ من بيان الوقت.

قال: (وتارةً تصيرُ المنفعةُ معلومةً بالتعيين والإشارة، كمَن استأجر رجلاً لينقلَ له هذا الطعامَ إلىٰ موضعٍ معلومٍ)؛ لأنه إذا أَرَاه ما ينقُلُه، والموضعَ الذي يُحمَلُ إليه: كانت المنفعةُ معلومةً، فيصحُّ العقد، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

باب

الأجرُ متىٰ يُستَحَقُّ؟

الأجرةُ لا تجبُ بالعقد، وتُستَحَقُّ بأحدِ معانٍ ثلاثةٍ: إما بشرط التعجيل، أو بالتعجيلِ من غير شَرْطٍ، أو باستيفاءِ المعقودِ عليه.

باب

الأجرُ متىٰ يُستَحَقُّ؟

قال: (الأجرةُ لا تجبُ[1] بالعقد، وتُستَحَقُّ بأحدِ[2] معانٍ ثلاثةٍ: إما بشرط التعجيل، أو بالتعجيلِ من غير شَرْطٍ، أو باستيفاءِ المعقودِ عليه).

وقال الشافعي[3] رحمه الله: تُملَكُ بنفس العقد؛ لأن المنافعَ المعدومةَ صارت موجودةً حُكماً؛ ضرورةَ تصحيحِ العقد، فيثبتُ الحُكمُ فيما يقابلُها[4] من البدل.

ولنا: أن العقدَ ينعقدُ شيئاً فشيئاً علىٰ حسب حدوثِ المنافع، علىٰ ما بيَّنَّا.

---

(١) وفي نُسخ: لا تُستحقُّ.

(٢) وفي نُسخ: بإحدىٰ معانٍ، وأشار إلىٰ هذا العيني في البناية ١٣/٢٠، وأن وجهه: إحدىٰ العلل.

(٣) العزيز ١٢/١٩٧.

(٤) أي المنافع. حاشية نسخة ٧٣٨هـ، وفي غالب النسخ: يقابله.

وإذا قَبَضَ المستأجرُ الدارَ : فعليه الأجرةُ وإن لم يَسكُنْها .

فإن غَصَبَها غاصبٌ من يده : سَقَطَتِ الأجرةُ.

ومَن استأجر داراً : فللمُؤْجِرِ أن يُطالِبَه بأجرةِ كلِّ يومٍ .

والعقدُ: معاوضةٌ، ومِن قضيَّتِها: المساواةُ، فمِن ضرورةِ التراخي في جانب المنفعة: التراخي في البدل الآخَرِ[1].

وإذا استوفىٰ[2] المنفعةَ: يَثبتُ الملكُ في الأجر؛ لتحقُّق التسوية.

وكذا إذا شَرَطَ التعجيلَ أو عجَّل؛ لأن المساواة تثبتُ حقّاً له، وقد أبطله.

قال: (وإذا قَبَضَ المستأجرُ الدارَ: فعليه الأجرةُ وإن لم يَسكُنْها)؛ لأن تسليمَ عينِ المنفعةِ لا يُتصوَّر، فأقَمْنا تسليمَ المَحَلِّ مُقَامَه، إذِ التمكُّنُ من الانتفاع يثبتُ به.

قال: (فإن غَصَبَها غاصبٌ من يده: سَقَطَتِ الأجرةُ)؛ لأن تسليمَ المحلِّ إنما أُقيمَ مَقامَ تسليمِ المنفعة؛ للتمكُّن من الانتفاع، فإذا فات التمكُّنُ: فات التسليمُ، وانفسخ العقدُ، فسَقَطَ الأجرُ.

وإن وُجِدَ الغصبُ في بعض المدةِ: سَقَطَ الأجرُ بقَدْره؛ إذِ الانفساخُ في بعضِها.

قال: (ومَن استأجر داراً: فللمُؤْجِرِ أن يُطالِبَه بأجرةِ كلِّ يومٍ)؛ لأنه استوفىٰ منفعةً مقصودةً.

---

(١) أي الأجرة.

(٢) أي المستأجر.

إلا أن يُبيِّنَ وقتَ الاستحقاقِ في العقد.

وكذلك إجارةُ الأراضي.

ومَن استأجر بعيراً إلىٰ مكةَ: فللجَمَّال أن يُطالِبَه بأجرةِ كلِّ مرحلةٍ.

وليس للقَصَّارِ والخيَّاطِ أن يُطالِبَ بأَجْرِه حتىٰ يَفرُغَ من العمل.

(إلا أن يُبيِّنَ وقتَ الاستحقاقِ في العقد)؛ لأنه بمنزلة التأجيل.

قال: (وكذلك إجارةُ الأراضي)؛ لِمَا بيَّنَّا.

قال: (ومَن استأجر بعيراً إلىٰ مكةَ: فللجَمَّال أن يُطالِبَه بأجرةِ كلِّ مرحلةٍ)؛ لأن سَيْرَ كلِّ مرحلةٍ مقصودٌ.

وكان أبو حنيفة رحمه الله يقولُ أوَّلاً: لا يجبُ الأجرُ إلا بعد انقضاء المدة، وانتهاءِ السفرِ، وهو قولُ زفرَ رحمه الله؛ لأن المعقودَ عليه جملةُ المنافع في المدة، فلا يتوزَّعُ الأجرُ علىٰ أجزائها، كما إذا كان المعقودُ عليه العملُ.

ووجهُ القول المرجوعِ إليه: أن القياسَ يقتضي استحقاقَ الأجرِ ساعةً فساعةً؛ لتحقُّق المساواة، إلا أن المطالبةَ في كلِّ ساعةٍ تُفضِي إلىٰ أن لا يتفرَّغَ لغيره، فيتضرَّرُ به، فقدَّرْنا بما ذَكَرْنا.

قال: (وليس للقَصَّارِ والخيَّاطِ أن يُطالِبَ بأَجْرِه حتىٰ يَفرُغَ من العمل)؛ لأن العملَ في البعضِ غيرُ منتفَعٍ به، فلا يَستوجِبُ به الأجرَ.

وكذا إذا عَمِلَ في بيتِ المستأجِرِ: لا يستوجِبُ الأجرَ قبلَ الفراغ؛ لِمَا بيَّنَّا.

إلا أن يَشترطَ التعجيلَ.

ومَن استأجر خَبَّازاً ليَخبِزَ له في بيته قَفِيزاً من دقيقٍ بدرهمٍ : لم يستَحِقَّ الأجرَ حتىٰ يُخرِجَ الخُبْزَ من التنُّور.

فإن أخرجه، ثم احترق من غير فِعله : فله الأجرُ، ولا ضمانَ عليه.

ومَن استأجر طبَّاخاً ليَطبُخَ له طعاماً للوليمة : فالغَرْفُ عليه.

قال: (إلا أن يَشترطَ التعجيلَ)؛ لِمَا مَرَّ أن الشرطَ فيه لازمٌ.

قال: (ومَن استأجر خَبَّازاً ليَخبِزَ له في بيته قَفِيزاً من دقيقٍ بدرهمٍ: لم يستَحِقَّ الأجرَ حتىٰ يُخرِجَ الخُبْزَ من التنُّور)؛ لأن تمامَ العمل بالإخراج.

فلو احترقَ، أو سقط من يده قبلَ الإخراج: فلا أجرَ له؛ للهلاك قبلَ التسليم.

قال: (فإن أخرجه، ثم احترق من غير فِعله: فله الأجرُ)؛ لأنه صار مُسلِّماً إليه بالوضع؛ حيث كان في بيته.

(ولا ضمانَ عليه)؛ لأنه لم توجَدْ منه الجنايةُ.

قال رضي الله عنه[1]: وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه أمانةٌ في يده.

وعندهما: يَضمنُ مِثلَ دقيقِه، ولا أجرَ له؛ لأنه مضمونٌ عليه، فلا يبرأُ إلا بعد حقيقةِ التسليم، وإن شاء ضَمَّنه الخُبْزَ، وأعطاه الأجرَ.

قال: (ومَن استأجر طبَّاخاً ليَطبُخَ له طعاماً للوليمة[2]: فالغَرْفُ عليه)؛ اعتباراً للعُرف.

---

(١) وفي نُسخ: قال العبد الضعيف عَصَمَه الله.

(٢) وفي نُسخ: طعامَ الوليمة.

ومَن استأجر إنساناً ليضرِبَ له لَبِناً في مِلْبَنٍ معلومٍ : استَحقَّ الأجرةَ إذا أقامها عند أبي حنيفة رحمه الله .

وقالا : لا يَستَحِقُّها حتىٰ يُشَرِّجَها .

وكلُّ صانعٍ لعَمِله أثرٌ في العَيْن، كالقصَّار والصبَّاغ : فله أن يحبِسَ العينَ حتىٰ يستوفِيَ الأجرَ .

قال: (ومَن استأجر إنساناً ليضرِبَ له لَبِناً[1] في مِلْبَنٍ معلومٍ: استَحقَّ الأجرةَ إذا أقامه عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: لا يَستَحِقُّها حتىٰ يُشَرِّجَه[2])؛ لأن التشريجَ من تمامِ عملِه، إذْ لا يُؤمَنُ من الفساد قبلَه، فصار كإخراج الخبز من التنُّور.

ولأن الأجيرَ هو الذي يتولاَّه عُرْفاً، وهو المعتبرُ فيما لم يُنَصَّ عليه.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن العملَ قد تَمَّ بالإقامة، والتشريجُ عملٌ زائدٌ، كالنقل، ألا ترىٰ أنه يُنتفَعُ به قبلَ التشريج بالنقل إلىٰ موضعِ العمل، بخلاف ما قبلَ الإقامة؛ لأنه طينٌ منتشِرٌ.

وبخلاف الخُبْزِ؛ لأنه غيرُ منتَفَعٍ به قبلَ الإخراج.

قال: (وكلُّ صانعٍ لعَمِله أثرٌ في العَيْن، كالقصَّار والصبَّاغ: فله أن يحبِسَ العينَ حتىٰ يستوفِيَ الأجرَ)؛ لأن المعقودَ عليه وَصْفٌ قائمٌ في الثوب، فله حَقُّ الحَبْسِ لاستيفاء البدل، كما في المبيع.

---

(١) جمع: لَبِنَة، وهو الآجرُّ النَّيُّ. البناية ١٣/ ٢٨.

(٢) أي ينضِّده، وذلك بضمٍّ بعضها إلىٰ بعض. البناية ١٣/ ٢٩.

ولو حَبَسَه، فضاع في يده: لا ضمانَ عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، ولا أجرَ له.

وكلُّ صانعٍ ليس لعَمِله أثرٌ في العين: فليس له أن يَحْبِسَ العينَ للأجر، كالحَمَّال والمَلاَّح.

قال: (ولو حَبَسَه، فضاع في يده: لا ضمانَ عليه عند أبي حنيفة رحمه الله)؛ لأنه غيرُ متعدٍّ في الحبس، فبقِيَ أمانةً، كما كان عنده.

(ولا أجرَ له)؛ لهلاك المعقودِ عليه قبلَ التسليم.

وعند أبي يوسف ومحمدٍ رحمهما الله: العينُ كانت مضمونةً قبلَ الحبسِ، فكذا بعدَه، لكنه بالخيار: إن شاء ضَمَّنه قيمتَه غيرَ مَعمولٍ، ولا أجرَ له، وإن شاء ضمَّنه معمولاً، وله الأجرُ، وسنبيِّنُ من بعدُ إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (وكلُّ صانعٍ ليس لعَمِله أثرٌ في العين: فليس له أن يَحْبِسَ العينَ للأجر، كالحَمَّال والمَلاَّح)؛ لأن المعقودَ عليه نَفْسُ العمل، وهو غيرُ قائمٍ في العين، فلا يُتصوَّرُ حَبْسُه، فليس له ولايةُ الحبسِ.

وغَسْلُ الثوب: نظيرُ الحَمْل.

وهذا بخلاف الآبِقِ، حيث يكونُ للرادِّ حَقُّ حَبْسِه؛ لاستيفاء الجُعْل، ولا أَثَرَ لعمله؛ لأنه كان علىٰ شَرَفِ الهلاك، وقد أحياه، فكأنَّه باعه منه، فله حَقُّ الحبس.

وهذا الذي ذَكَرْناه: مذهبُ علمائنا الثلاثةِ رحمهم الله.

وقال زفرُ رحمه الله: ليس له حَقُّ الحَبْسِ في الوجهَيْن؛ لأنه وَقَعَ التسليمُ باتصال المبيع بمِلكِه، فيسقطُ حقُّ الحَبْسُ.

وإذا شَرَطَ علىٰ الصانعِ أن يَعمَلَ بنفسه : فليس له أن يستعملَ غيرَه .

وإن أطلَقَ له العملَ : فله أن يستأجِرَ مَن يَعمَلُه .

ولنا: أن الاتصالَ بالمَحَلِّ: ضرورةَ إقامةِ تسليمِ العمل، فلم يكن هو راضياً به، من حيثُ إنه تسليمٌ، فلا يسقطُ حَقُّ الحَبْس، كما إذا قَبَضَ المشتري بغير رضا البائع.

قال: (وإذا شَرَطَ علىٰ الصانعِ أن يَعمَلَ بنفسه: فليس له أن يستعملَ غيرَه)؛ لأن المعقودَ عليه العملُ في مَحَلٍّ بعينه، فتُستَحَقُّ عينُه، كالمنفعة في محلٍّ بعينه.

قال: (وإن أطلَقَ له العملَ: فله أن يستأجِرَ مَن يعمَلُه)؛ لأن المستَحَقَّ عَمَلٌ في ذمته، ويُمكِنُ إيفاؤه بنفسه، وبالاستعانة بغيره، بمنزلة إيفاءِ الدَّيْن، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

فصلٌ

ومَن استأجر رجلاً ليذهبَ إلىٰ البصرة، فيَجِيْءَ بعِياله، فذهب، فوَجَدَ بعضَهم قد مات، فجاء بمَن بقِيَ: فله الأجرُ بحسابِه.

وإن استأجَرَه ليذهبَ بكتابِه إلىٰ فلانٍ بالبصرة، ويجيءَ بجوابه، فذهب فوَجَدَ فلاناً ميتاً، فرَدَّه: فلا أجرَ له.

وقال محمدٌ رحمه الله: له الأجرُ في الذَّهاب.

فصلٌ

في بيان عدم استحقاق تمام الأجر

قال: (ومَن استأجر رجلاً ليذهبَ إلىٰ البصرة، فيَجِيْءَ بعِياله، فذهب، فوَجَدَ بعضَهم قد مات، فجاء بمَن بقِيَ: فله الأجرُ بحسابِه)؛ لأنه أوفىٰ بعضَ المعقودِ عليه، فيَستَحِقُّ العوضَ بقَدْره.

ومرادُه إذا كانوا معلومِيْن.

قال: (وإن استأجَرَه ليذهبَ بكتابِه إلىٰ فلانٍ بالبصرة، ويجيءَ بجوابه، فذهب فوَجَدَ فلاناً ميتاً، فرَدَّه: فلا أجرَ له)، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

(وقال محمدٌ رحمه الله: له الأجرُ في الذَّهاب)؛ لأنه أوفىٰ بعضَ المعقودِ عليه، وهو قَطْعُ المسافة، وهذا لأن الأجرَ مقابَلٌ به؛ لِمَا فيه من المشقة، دونَ حَمْلِ الكتاب؛ لخِفَّة مؤنتِه.

وإن استأجره ليذهبَ بطعامٍ إلىٰ فلانٍ بالبصرة، فذهب، فوجد فلاناً ميتاً، فردَّه: فلا أجرَ له، في قولِهم جميعاً.

ولهما: أن المعقودَ عليه: نَقْلُ الكتاب؛ لأنه هو المقصودُ، أو وسيلةٌ إليه، وهو العلمُ بما في الكتاب، لكنَّ الحُكْمَ مُعَلَّقٌ به، وقد نَقَضَه، فيسقطُ الأجرُ، كما في الطعام، وهي المسألةُ التي تلي هذه المسألةَ.

وإن تَرَكَ الكتابَ في ذلك المكان، وعاد: يستَحِقُّ الأجرَ بالذهاب، بالإجماع؛ لأن الحَمْلَ لم ينتقض بالعمل.

قال: (وإن استأجره ليذهبَ بطعامٍ إلىٰ فلانٍ بالبصرة، فذهب، فوجد فلاناً ميتاً، فردَّه: فلا أجرَ له، في قولِهم جميعاً)؛ لأنه نَقَضَ تسليمَ المعقودِ عليه، وهو حَمْلُ الطعام إلىٰ فلان.

بخلاف مسألةِ الكتاب[1] علىٰ قولِ محمدٍ رحمه الله؛ لأن المعقودَ عليه هناك: قطعُ المسافةِ، علىٰ ما مَرَّ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي حَمْل الكتاب. حاشية سعدي.

باب
ما يجوزُ من الإجارة، وما لا يجوز، وما يكونُ خلافاً فيها

ويجوزُ استئجارُ الدُّوْرِ والحوانيتِ للسُّكْنىٰ وإن لم يُبيِّنْ ما يَعمَلُ فيها.

وله أن يَعمِلَ كلَّ شيءٍ، إلا أنه لا يَسْكُنُ حدَّاداً ولا قصَّاراً ولا طحَّاناً.

ويجوزُ استئجارُ الأراضي للزراعة.

باب
ما يجوزُ من الإجارة، وما لا يجوز، وما يكونُ خلافاً فيها

قال: (ويجوزُ استئجارُ الدُّوْرِ والحوانيتِ للسُّكْنىٰ وإن لم يُبيِّنْ ما يَعمَلُ فيها)؛ لأن العملَ المتعارَفَ فيها: السُّكنىٰ، فيَنصرفُ إليه، وإنه لا يَتفاوَتُ، فصحَّ العقدُ، (وله أن يَعمِلَ كلَّ شيءٍ)؛ للإطلاق.

(إلا أنه لا يُسْكِنُ[1] حدَّاداً ولا قصَّاراً ولا طحَّاناً)؛ لأن فيه ضرراً ظاهراً؛ لأنه يوهِنُ البناءَ، فيتقيَّدُ العقدُ بما وراءَها دلالةً، إلا[2] أن يُسمِّيَ ذلك: فيصير راضياً به.

قال: (ويجوزُ استئجارُ الأراضي للزراعة)؛ لأنها منفعةٌ مقصودةٌ معهودةٌ فيها.

---

(١) رجَّح في البناية ١٣/٣٨ جوازَ ضمِّ الياء، وفَتْحِها، والنُّسخ بالفتح والضمِّ.

(٢) قوله: إلا أن يسميَ ذلك: فيصير راضياً به: مثبتٌ في نسخة ٩٨١هـ.

وللمستأجِرِ الشِّرْبُ، والطريقُ وإن لم يَشترِطْ ذلك.

ولا يصحُّ العقدُ حتىٰ يُسمِّيَ ما يَزرعُ فيها.

أو يقولَ: علىٰ أن يَزرَعَ فيها ما شاء.

(وللمستأجِرِ الشِّرْبُ، والطريقُ وإن لم يَشترِطْ ذلك[1])؛ لأن الإجارةَ تُعقَدُ للانتفاع، ولا انتفاعَ في الحال إلا بهما[2]، فيَدخلان في مُطلَقِ العقد.

بخلاف البيع: لأن المقصودَ منه[3] ملكُ الرقبة، لا الانتفاعُ في الحال، حتىٰ يجوزُ بيعُ الجَحْش[4]، والأرضِ السَّبِخَة[5]، دونَ الإجارة، فلا يدخلان فيه من غير ذِكْرِ الحقوق، وقد مَرَّ في البيوع.

قال: (ولا يصحُّ العقدُ حتىٰ يُسمِّيَ ما يَزرعُ فيها)؛ لأنها قد تُستأجَرُ للزراعة ولغيرها، وما يُزرَعُ فيها متفاوِتٌ، فلا بدَّ من التعيين؛ كي لا تقعَ المنازعةُ.

(أو يقولَ: علىٰ أن يَزرَعَ فيها ما شاء)؛ لأنه لَمَّا فوَّض الخِيْرةَ إليه: فقد ارتفعتِ الجهالةُ المُفضِيَةُ إلىٰ المنازعة.

---

(١) قوله: وإن لم يَشترِط ذلك: مثبتٌ في نسخة ٦٤٤، وبداية المبتدي ص٥٦٥.

(٢) قوله: في الحال: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٣) وفي نُسخ: فيه.

(٤) أي الحمار، فيجوز بيعُه وهو صغيرٌ ولو وقتَ الولادة وإن لم يُنتفع به في الحال، ولا تصحُّ إجارتُه. ينظر تبيين الحقائق ٤/٩٨.

(٥) أي التي لا تُنبتُ شيئاً.

ويجوزُ أن يستأجرَ الساحةَ ليبنيَ فيها، أو ليغرِسَ فيها نخلاً، أو شجراً.

ثم إذا انقضَتْ مدةُ الإجارة: لَزِمَه أن يَقلَعَ البناءَ والغَرْسَ، ويسلِّمَها إليه فارغةً.

إلا أن يختارَ صاحبُ الأرضِ أن يَغرَمَ له قيمةَ ذلك مقلوعاً، ويتملَّكَه.

أو يرضىٰ بتَرْكِه علىٰ حالِه، فيكونُ البناءُ لهذا، والأرضُ لهذا.

قال: (ويجوزُ أن يستأجِرَ الساحةَ ليبنيَ فيها، أو ليغرِسَ فيها نخلاً، أو شجراً)؛ لأنها منفعةٌ تُقصَدُ بالأراضي.

قال: (ثم إذا انقضَتْ مدةُ الإجارة: لَزِمَه أن يَقلَعَ البناءَ والغَرْسَ، ويسلِّمَها إليه فارغةً)؛ لأنه لا نهايةَ لهما، وفي إبقائهما: إضرارٌ بصاحب الأرض.

بخلاف ما إذا انقضتِ مدةُ الإجارةِ والزرعُ بَقْلٌ، حيثُ يُترَكُ بأجرِ المِثل إلىٰ زمان الإدراك؛ لأن له نهايةً معلومةً، فأمكن رعايةُ الجانبَيْن.

قال: (إلا أن يختارَ صاحبُ الأرضِ أن يَغرَمَ له قيمةَ ذلك مقلوعاً، ويتملَّكَه): فله ذلك.

وهذا برضا صاحبِ البناء[1] والغرس والشجر، إلا أن تَنقُصَ الأرضُ بقلعها[2]: فحينئذ يتملَّكُهما بغير رضاه.

قال: (أو يرضىٰ بتَرْكِه علىٰ حالِه، فيكونُ البناءُ لهذا، والأرضُ لهذا)؛ لأن الحَقَّ له، فله أن لا يستوفيَه.

---

(١) لفظ: البناء: مثبتٌ في نسخة ٧٣١هـ، ونسخة ٧٤٢هـ مصححاً.

(٢) أي بقلع هذه الأشياء المذكورة، وهي البناء والغرس والشجر. البناية ١٣/٤٣.

وفي «الجامع الصغير»: إذا انقضَتْ مدةُ الإجارةِ وفي الأرض رَطْبَةٌ: فإنها تُقلَعُ.

ويجوزُ استئجارُ الدوابِّ للركوب، والحَمْلِ.

فإن أطلق الركوبَ: جاز له أن يُرْكِبَ مَن شاء.

وكذلك إذا استأجر ثوباً للُّبْس، وأطلق.

قال: (وفي «الجامع الصغير[1]»: إذا انقضَتْ مدةُ الإجارةِ وفي الأرض رَطْبَةٌ[2]: فإنها تُقلَعُ[3])؛ لأن الرِّطابَ لا نهايةَ لها، فأشبه الشجرَ.

قال: (ويجوزُ استئجارُ الدوابِّ للركوب، والحَمْلِ)؛ لأنه منفعةٌ معلومةٌ معهودةٌ.

قال: (فإن أطلق الركوبَ: جاز له أن يُرْكِبَ مَن شاء)؛ عملاً بالإطلاق، ولكن إذا رَكِبَ بنفسِه، أو أركَبَ واحداً: ليس له أن يُركِبَ غيرَه؛ لأنه تعيَّن مراداً من الأصل، والناسُ يتفاوتون في الركوب، فصار كأنه نصَّ علىٰ ركوبه.

قال: (وكذلك[4] إذا استأجر ثوباً للُّبْس، وأطلق) فيما ذكرنا؛ لإطلاق اللفظ، وتفاوُتِ الناسِ في اللُّبْس.

---

(١) ص٢١٧.

(٢) التي يُقال لها: البرسيم، الذي ليس له نهاية معلومة.

(٣) وفي نُسخ: تُقطع.

(٤) أي يجوز العمل بالإطلاق، وهو أن يُلبِس مَن شاء.

وإن قال : علىٰ أن يَركبَها فلانٌ، أو يلبَسَ الثوبَ فلانٌ، فأركبها غيرَه، أو ألبسَه غيرَه، فعَطِبَ : كان ضامناً.

وكذلك كلُّ ما يختَلِفُ باختلاف المستعمِل.

فأما العقارُ، وما لا يَختلِفُ باختلاف المستعمِلِ، إذا شَرَطَ سُكنىٰ واحدٍ : فله أن يُسكِنَ غيرَه.

وإن سمَّىٰ نوعاً وقَدْراً معلوماً يَحمِلُه علىٰ الدابة، مثلُ أن يقول : . . . .

قال: (وإن قال: علىٰ أن يَركبَها فلانٌ، أو يلبَسَ الثوبَ فلانٌ، فأركبها غيرَه، أو ألبسَه غيرَه، فعَطِبَ: كان ضامناً)؛ لأن الناسَ يتفاوتون في الركوب واللُّبْس، فصحَّ التعيينُ، وليس له أن يتعدَّاه.

قال: (وكذلك كلُّ ما يختَلِفُ باختلاف المستعمِل)؛ لِمَا ذكرنا.

(فأما العقارُ، وما لا يَختلِفُ باختلاف المستعمِلِ، إذا شَرَطَ[1] سُكنىٰ واحدٍ: فله أن يُسكِنَ غيرَه)؛ لأن التقييدَ غيرُ مفيدٍ؛ لعدم التفاوتِ.

والذي يُضِرُّ بالبناء: خارجٌ[2]، علىٰ ما ذكرناه.

قال: (وإن سمَّىٰ نوعاً وقَدْراً معلوماً[3] يَحمِلُه علىٰ الدابة، مثلُ أن يقول:

---

(١) هكذا تمَّ الضبط في نُسخ، وفي أخرىٰ: شُرِطَ. وكلاهما صحيح.

(٢) هذا جوابٌ عن سؤال مَن يقول: قد يتفاوت السكان أيضاً، والجواب: أن الذي يضرُّ بالبناء مستثنىً. البناية ١٣/٤٥.

(٣) لفظ: معلوماً: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

خمسةَ أقفزةِ حنطةٍ : فله أن يَحمِلَ ما هو مثلُ الحنطةِ في الضرر، أو أقلَّ، كالشعير والسِّمْسِمِ.

وليس له أن يَحمِلَ ما هو أضرُّ من الحنطة، كالملحِ والحديدِ.

وإن استأجرها ليَحمِلَ عليها قُطْناً سمَّاه : فليس له أن يَحمِلَ عليها مثلَ وزنِه حديداً.

وإن استأجرها ليركبَها، فأَرْدَفَ معه رجلاً، فعَطِبَتْ : ضَمِنَ نصفَ قيمتِها، ولا معتبرَ بالثِّقْل .

خمسةَ أقفزةِ حنطةٍ: فله أن يَحمِلَ ما هو مثلُ الحنطةِ في الضرر، أو أقلَّ، كالشعير والسِّمْسِمِ)؛ لأنه دَخَلَ تحتَ الإذن؛ لعدم التفاوت، أو لكونه خيراً من الأول.

(وليس له أن يَحمِلَ ما هو أضرُّ من الحنطة، كالملحِ والحديدِ)؛ لانعدام الرضا فيه.

قال: (وإن استأجرها ليَحمِلَ عليها قُطْناً سمَّاه: فليس له أن يَحمِلَ عليها مثلَ وزنِه حديداً).

لأنه ربما يكونُ أَضَرَّ بالدابة، فإن الحديدَ يَجتمعُ في موضعٍ من ظَهْرها، والقُطْنَ ينبسطُ علىٰ ظهرها.

قال: (وإن استأجرها ليركبَها، فأَرْدَفَ معه رجلاً، فعَطِبَتْ: ضَمِنَ نصفَ قيمتِها، ولا معتبرَ بالثِّقْل).

وإن استأجرها ليحمِلَ عليها مقداراً من الحنطة، فحَمَلَ عليها أكثرَ منه، فعَطِبَتْ: ضَمِنَ ما زاد الثِّقْلُ.

إلا إذا كان حِمْلاً لا تُطيقُه مثلُ تلك الدابة: فحينئذٍ يضمَنُ كلَّ قيمتِها.

لأن الدابةَ قد يَعقِرُها جَهْلُ[١] الراكبِ الخفيفِ؛ لجهله بالفروسية[٢]، ويَخِفُّ عليها ركوبُ الثقيل؛ لعلمِه بالفروسية.

ولأن الآدميَّ غيرُ موزونٍ، فلا يُمكنُ معرفةُ الوزن[٣]، فاعتُبِرَ عددُ الراكب، كعدد الجُناة في الجنايات.

قال: (وإن استأجرها ليحمِلَ عليها مقداراً من الحنطة، فحَمَلَ عليها أكثرَ منه، فعَطِبَتْ: ضَمِنَ ما زاد الثِّقْلُ)؛ لأنها عَطِبَتْ بما هو مأذونٌ فيه، وغيرُ مأذونٍ فيه، والسببُ: الثِّقْلُ، فانقسم عليهما.

(إلا إذا كان حِمْلاً لا تُطيقُه مثلُ تلك الدابة: فحينئذٍ يضمَنُ كلَّ قيمتِها)؛ لعدم الإذنِ فيها أصلاً؛ لخروجِه عن العادة[٤].

---

(١) وفي نُسخ: حَمْلُ. قلت: الجهل: يقابله العلم، كما سيأتي في نص المؤلف.

(٢) قوله: لجهله بالفروسية: مثبتٌ في نسخة أخو الوزير، وغيرها.

(٣) بيَّن صاحب البناية ١٣/٤٧ أنه يمكن وزنه بالقبَّان، وناقشه قاضي زاده في نتائج الأفكار ٨/٢٩ وأنه ليس المراد هذا، فإنه لا يوجد في العالَم من الممكنات القائمة بذاتها شيءٌ لا يمكنُ وزنه أصلاً، إلا أن يكون مجرداً أو جسماً لطيفاً.

(٤) وفي نُسخ: لخروجه عن طاقة الدابة. البناية ١٣/٤٩.

وإن كَبَحَ الدابةَ بلِجَامِها، أو ضَرَبَها، فعَطِبَتْ: ضَمِنَ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: لا يضمنُ إذا فَعَلَ فِعلاً متعارَفاً.

وإن استأجرها إلىٰ الحِيْرَةِ، فجاوَزَ بها إلىٰ القادسية، ثم ردَّها إلىٰ الحِيْرة، ثم نَفَقَتْ: فهو ضامنٌ.

وكذلك العاريةُ.

قال: (وإن كَبَحَ الدابةَ بلِجَامِها، أو ضَرَبَها، فعَطِبَتْ: ضَمِنَ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: لا يضمنُ إذا فَعَلَ فِعلاً متعارَفاً)؛ لأن المتعارَفَ مما يدخلُ تحت مطلَقِ العقد، فكان حاصلاً بإذنه، فلا يَضمنُه.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الإذنَ مقيَّدٌ بشرط السلامة، إذْ يَتحقَّقُ السَّوْقُ بدونه، وإنما هما للمبالغة، فيَتقيدُ بوصف السلامة، كالمرور في الطريق.

قال: (وإن استأجرها إلىٰ الحِيْرَةِ[1]، فجاوَزَ بها إلىٰ القادسية، ثم ردَّها إلىٰ الحِيْرة، ثم نَفَقَتْ: فهو ضامنٌ.

وكذلك العاريةُ).

وقيل: تأويلُ هذه المسألة: إذا استأجرها ذاهباً، لا جائياً؛ لينتهيَ العقدُ بالوصول إلىٰ الحِيْرة، فلا يصيرُ بالعَوْد مردوداً إلىٰ يدِ المالك معنىً.

---

(١) الحِيْرة: مدينةٌ علىٰ رأس مِيْلٍ عن الكوفة، وأما القادسية: فموضعٌ بينه وبين الكوفة خمسة عشر مِيلاً، البناية ١٣/٥٠، معجم البلدان ٢/٣٢٨، ٤/٢٩١.

ومَن اكترىٰ حِمَاراً بسَرْجٍ، فنَزَعَ السَّرْجَ، وأسرَجَه بسَرْجٍ تُسْرَجُ بمِثْله الحُمُر، فنَفَقَ: فلا ضمانَ عليه.

وإن كان لا تُسرَجُ بمثلِه الحُمُرُ: ضَمِنَ.

أما إذا استأجرها ذاهباً وجائياً: فيكونُ بمنزلة المودَعِ إذا خالف في الوديعة، ثم عاد إلىٰ الوِفاق.

وقيل: لا، بل الجوابُ[١] مُجْرَىً علىٰ الإطلاق.

والفَرْقُ: أن المودَعَ مأمورٌ بالحفظ مقصوداً، فبقِيَ الأمرُ بالحفظ بعد العَوْد إلىٰ الوِفاق، فحصل الردُّ بالحفظ إلىٰ يدِ نائبِ المالك[٢].

وفي الإجارة والعارية: يصيرُ الحفظُ مأموراً به تَبَعاً للاستعمال، لا مقصوداً، فإذا انقطع الاستعمالُ: لم يَبْقَ هو نائباً، فلا يبرأُ بالعَوْد، وهذا أصحُّ.

قال: (ومَن اكترىٰ حِمَاراً بسَرْجٍ، فنَزَعَ السَّرْجَ، وأسرَجَه بسَرْجٍ تُسْرَجُ بمِثْله الحُمُر، فنَفَقَ: فلا ضمانَ عليه)؛ لأنه إذا كان يُماثِلُ الأولَ: تناولَه إذنُ المالك، إذْ لا فائدةَ في التقييد بغيره[٣]، إلا إذا كان زائداً عليه في الوزن: فحينئذ يَضمنُ الزيادةَ.

(وإن كان لا تُسرَجُ بمثلِه الحُمُرُ: ضَمِنَ)؛ لأنه لم يتناولْه الإذنُ من جهته، فصار مخالِفاً.

---

(١) هكذا: وقيل: لا، بل الجواب: في طبعات الهداية القديمة، وفي النسخ الخطية: وقيل: الجواب.

(٢) أي المودَع.

(٣) وفي نُسخ: بعينه.

وإن أَوْكَفَه بإكافٍ لا تُوكَفُ بمثله الحُمُرُ: ضَمِنَ.

وإن أَوْكَفَه بإكافٍ تُوكَفُ بمِثله الحُمُر: ضَمِنَ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يضمنُ بحِسابه.

وإن استأجر حمَّالاً ليحمِلَ له متاعاً في طريقِ كذا، فأَخَذَ في . . . . . .

قال: (وإن أَوْكَفَه بإكافٍ[1] لا تُوكَفُ بمثله الحُمُرُ: ضَمِنَ)؛ لِمَا قلنا في السَّرْج، وهذا أَوْلىٰ.

(وإن أَوْكَفَه بإكافٍ تُوكَفُ بمِثله الحُمُر: ضَمِنَ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يضمنُ بحِسابه).

لأنه إذا كان تُوكَفُ بمثله الحُمُر: كان هو والسَّرجُ سواءً، فيكونُ المالكُ راضياً به.

إلا إذا كان زائداً علىٰ السَّرْج في الوزن: فيضمنُ الزيادةَ؛ لأنه لم يرضَ بالزيادة، فصار كالزيادة في الحِمْل المسمَّىٰ إذا كان من جنسه.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الإكافَ ليس من جنس السَّرْج؛ لأنه للحَمْل، والسَّرْجُ للركوب.

وكذا يَنبَسِطُ أحدُهما علىٰ ظهر الدابةِ ما لا ينبسطُ عليه الآخَرُ، فكان مُخالِفاً، كما إذا حَمَلَ الحديدَ، وقد شُرِطَ له الحنطة.

قال: (وإن استأجر حمَّالاً ليحمِلَ له متاعاً[2] في طريقِ كذا، فأَخَذَ في

---

(١) الإكاف: ما يُوضعُ علىٰ الحمار، وهو أثقل من السرج.

(٢) هكذا: متاعاً: في نُسخ، وكذلك في الجامع الصغير ص٢١٩، وفي نُسخ: طعاماً.

طريقٍ غيرِه يسلُكُه الناسُ، فهَلَكَ المتاعُ: فلا ضمانَ عليه، وإن بَلَّغَ: فله الأجرُ.

وإن حَمَلَه في البحر فيما يَحمِلُه الناسُ في البَرِّ: ضَمِنَ

طريقٍ غيرِه يسلُكُه الناسُ، فهَلَكَ المتاعُ[(١)]: فلا ضمانَ عليه، وإن بَلَّغَ[(٢)]: فله الأجرُ).

وهذا إذا لم يكن بين الطريقَيْن تفاوتٌ؛ لأن عند ذلك التقييدَ غيرُ مفيدٍ.

أما إذا كان بين الطريقين تفاوتٌ: يَضمنُ؛ لصحة التقييد، فإنه تقييدٌ مفيدٌ، إلا أنَّ الظاهرَ عدمُ التفاوتِ إذا كان طريقاً يسلُكُه الناسُ، فلم يُفَصِّل[(٣)].

وإن كان طريقاً لا يَسلُكُه الناسُ، فهَلَكَ: ضَمِنَ؛ لأنه صحَّ التقييدُ، فصار مخالفاً.

وإن بَلَّغَ: فله الأجرُ؛ لأنه ارتفع الخلافُ معنىً وإن بقيَ صورةً.

قال: (وإن حَمَلَه في البحر فيما يَحمِلُه الناسُ في البَرِّ: ضَمِنَ)؛ لفُحْش التفاوت بين البَرِّ والبحر.

---

(١) وفي نُسخ: فهلك الطعام. قلت: وهذا بحسب الاختلاف السابق في النُّسخ.

(٢) بالتشديد: أي بلَّغ الحَمَّالُ المتاعَ إلىٰ ذلك الموضع الذي سمَّاه أن يحمل إليه، ويجوز بالتخفيف: علىٰ إسناد الفعل إلىٰ المتاع. البناية ١٣/٥٥.

(٣) أي لم يُفَصِّل الإمامُ محمد رحمه الله بين الطريقين بالتفاوت، البناية ١٣/٥٥، وضُبطت في نُسخ: لم يَفْصِل.

وإن بَلَّغَ: فله الأجرُ.

ومَن استأجر أرضاً ليزرعها حنطةً، فزرَعَها رَطْبةً: ضَمِنَ ما نَقَصَها، ولا أجرَ له.

ومَن دَفَعَ إلىٰ خياطٍ ثوباً ليَخيطَه قميصاً بدرهمٍ، فخاطَهُ قَبَاءً: فإن شاء ضَمَّنه قيمةَ الثوب، وإن شاء أَخَذَ القَبَاءَ، وأعطاه أَجْرَ مثلِه، لا يُجاوِزُ به درهماً.

(وإن بَلَّغَ: فله الأجرُ)؛ لحصول المقصودِ، وارتفاعِ الخلافِ معنىً.

قال: (ومَن استأجر أرضاً ليزرعها حنطةً، فزرَعَها رَطْبةً: ضَمِنَ ما نَقَصَها)؛ لأن الرِّطابَ أَضَرُّ بالأرض من الحنطة؛ لانتشار عروقِها فيها، وكثرةِ الحاجةِ إلىٰ سَقْيِها، فكان خلافاً إلىٰ شرٍّ، فيضمنُ ما نَقَصَها.

(ولا أجرَ له)؛ لأنه غاصبٌ للأرض، علىٰ ما قرَّرْناه.

قال: (ومَن دَفَعَ إلىٰ خياطٍ ثوباً ليَخيطَه قميصاً بدرهمٍ، فخاطَهُ قَبَاءً: فإن شاء ضَمَّنه قيمةَ الثوب، وإن شاء أَخَذَ القَبَاءَ، وأعطاه أَجْرَ مثلِه، لا يُجاوِزُ به درهماً).

قيل: معناه: القُرْطَقُ[1]، الذي هو ذو طاقٍ واحدٍ، فكان شبيهَ القميص؛ لأنه يُستعمَلُ استعمالَ القميص.

وقيل: هو مُجْرَىً علىٰ إطلاقه؛ لأنهما يتقاربان[2] في المنفعة.

---

(١) تعريب كلمة: كرته يك تاهي، وبعضهم يضمُّ الطاء. ينظر البناية ١٣/٥٧.

(٢) وفي نُسخ: يتفاوتان.

. . . .

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يَضمَنُه من غير خيارٍ؛ لأن القَبَاء خلافُ جنسِ القميص.

ووَجْهُ الظاهر: أنه قميصٌ من وجهٍ؛ لأنه يُشَدُّ وَسَطُه، فمن[١] هذا الوجه يكون مخالفاً؛ لأن القميصَ لا يُشَدُّ، ويُنتفَعُ به انتفاعَ القميصِ، فجاءت الموافقةُ والمخالفةُ، فيَميلُ إلىٰ أيِّ الجهتَيْن شاء، إلا أنه يجبُ أجرُ المثل؛ لقصور جهةِ الموافقة.

ولا يُجاوِزُ به الدرهمَ المسمَّىٰ، كما هو الحكمُ في سائر الإجارات الفاسدة، علىٰ ما نبيِّنُه في بابه إن شاء الله تعالىٰ.

ولو خاطه سراويلَ، وقد أُمِرَ بالقَبَاء: قيل: يضمنُ من غير خيارٍ؛ للتفاوت في المنفعة، والأصحُّ أنه يُخيَّرُ؛ للاتحاد في أصلِ المنفعة، وصار كمَن أُمِرَ بضَرْب طَسْتٍ من شَبَهٍ[٢]، فضَرَبَ منه كُوزاً: فإنه يُخيَّرُ، كذا هذا[٣]، والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

* * * * *

---

(١) قوله: فمن هذا الوجه يكون مخالفاً؛ لأن القميص لا يُشد: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٢) نوعٌ من النحاس. البناية ١٣/٥٨، وإنما سمِّيَ شَبَهاً: لأن لونه يُشبه الذهب. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٣) وفي نُسخ: هنا، وفي أخرىٰ: ها هنا، والمراد: أي كذا هـذا فيمـا إذا خاطـه سراويل وقد أُمر بالقباء.

باب

الإجارة الفاسدة

الإجارةُ تُفسِدُها الشروطُ الفاسدة، كما تُفسِدُ البيعَ.

والواجبُ في الإجارة الفاسدة: أَجْرُ المثلِ، لا يُجاوَزُ به المسمَّىٰ.

باب

الإجارة الفاسدة

قال: (الإجارةُ تُفسِدُها الشروطُ الفاسدة[1]، كما تُفسِدُ البيعَ)؛ لأنه بمنزلته، ألا ترىٰ أنه عقدٌ يُقالُ، ويُفسَخُ.

قال: (والواجبُ في الإجارة الفاسدة: أَجْرُ المثلِ، لا يُجاوَزُ به المسمَّىٰ).

وقال زفر والشافعيُّ[2] رحمهما الله: يجب بالغاً ما بَلَغَ؛ اعتباراً ببيع الأعيان في الفاسد.

ولنا: أن المنافعَ لا تتقوَّمُ بنفسها، بل بالعقد؛ لحاجة الناسِ إليها، فيُكتَفىٰ بالضرورة في الصحيح منها، إلا أن الفاسدَ تَبَعٌ له، ويُعتبرُ ما يُجعَلُ بدلاً في الصحيح عادةً، لكنهما إذا اتفقا علىٰ مقدارٍ في الفاسد: فقد

---

(١) لفظ: الفاسدة: مثبتٌ في نسخة ٧٣٨هـ، وعلَّق العلامة سعدي في حاشيته علىٰ الهداية علىٰ قوله: تُفسدها الشروط: بقوله: أي التي لا يقتضيها العقد. اهـ

(٢) منهاج الطالبين ١/١٦٤.

ومَن استأجر داراً كلَّ شهرٍ بدرهمٍ: فالعقدُ صحيحٌ في شهرٍ واحدٍ، فاسدٌ في بقيةِ الشهور، إلا أنْ يُسمِّيَ جُملةَ شهورٍ معلومةٍ.

فإن سكَنَ ساعةً من الشهر الثاني: صحَّ العقدُ فيه، ولم يكن للمُؤجِرِ أن يُخرِجَه إلىٰ أن يَنقضِيَ الشهرُ.

أسقطا الزيادةَ، وإذا نَقَصَ من المسمىٰ أجرُ المثل: لم تجبْ زيادةُ المسمىٰ؛ لفساد التسمية.

بخلاف البيع: لأن العينَ متقوِّمةٌ في نفسها، وهي الموجَبُ الأصلي، فإن صحَّتِ التسميةُ: انتقل عنه[1]، وإلا: فلا.

قال: (ومَن استأجر داراً كلَّ شهرٍ بدرهمٍ: فالعقدُ صحيحٌ في شهرٍ واحدٍ، فاسدٌ في بقيةِ الشهور، إلا أنْ يُسمِّيَ جُملةَ شهورٍ معلومةٍ).

لأن الأصلَ أن كلمة: كل: إذا دخلتْ فيما لا نهايةَ له: تنصرفُ إلىٰ الواحد؛ لتعذُّر العملِ بالعموم، فكان الشهرُ الواحدُ معلوماً، فصحَّ العقدُ فيه، وإذا تمَّ: كان لكلِّ واحدٍ منهما أن يَنقُضَ الإجارةَ؛ لانتهاء العقدِ الصحيح.

ولو سمَّىٰ جملةَ شهورٍ معلومةٍ: جاز؛ لأن المدةَ صارت معلومةً.

قال: (فإن سكَنَ ساعةً من الشهر الثاني: صحَّ العقدُ فيه، ولم يكن للمُؤجرِ أن يُخرِجَه إلىٰ أن يَنقضِيَ الشهر[2]).

---

(١) أي عن الموجب الأصلي، الذي هو القيمة إلىٰ المسمىٰ. البناية ١٣/٦١.

(٢) أي الشهر الثاني.

وكذلك كلُّ شهرٍ سَكَنَ في أوَّلِه ساعةً.

وإن استأجر داراً سَنَةً بعشرة دراهمَ: جاز وإن لم يُبيِّنْ قِسطَ كلِّ شهرٍ من الأجرة.

وكذلك كلُّ شهرٍ سَكَنَ في أوَّلِه ساعةً)؛ لأنه تَمَّ العقدُ بتراضيهما بالسكنىٰ في الشهر الثاني.

إلا أن الذي ذَكَرَه في «الكتاب[1]» هو القياسُ، وقد مال إليه بعضُ المشايخ رحمهم الله.

وظاهرُ الروايةِ: أن يبقىٰ الخيارُ لكلِّ واحدٍ منهما في الليلة الأُولىٰ من الشهر الثاني ويومِها؛ لأنَّ في اعتبار الأولِ بعضَ الحرج.

قال: (وإن استأجر داراً سَنَةً بعشرة دراهمَ: جاز وإن لم يُبيِّنْ[2] قِسْطَ كلِّ شهرٍ من الأجرة)؛ لأن المدةَ معلومةٌ بدون التقسيم، فصار كإجارة شهرٍ واحدٍ، فإنه جائزٌ[3] وإن لم يُبيِّنْ[4] قِسْطَ كلِّ يوم.

ثم يُعتبرُ ابتداءُ المدةِ مما سمَّىٰ، وإن لم يُسمِّ شيئاً: فهو من الوقت الذي استأجره؛ لأن الأوقات كلَّها في حَقِّ الإجارة علىٰ السواء، فأشبه اليمينَ، بخلاف الصوم؛ لأن اللياليَ ليستْ بمَحَلٍّ له.

---

(١) أي مختصر القدوري. البناية ١٣/٦٣.

(٢) وفي نُسخ: لم يُسَمِّ.

(٣) وفي نُسخ: جائزةٌ.

(٤) وفي نُسخ: لم يُسَمِّ.

ويجوزُ أَخْذُ أجرةِ الحَمَّام، والحَجَّام.

ثم إن كان العقدُ حين يُهَلُّ[١] الهلالُ: فشهورُ السنة كلُّها بالأَهِلَّة؛ لأنها هي الأصلُ.

وإن كان في أثناءِ الشهر: فالكلُّ بالأيام عند أبي حنيفة رحمه الله، وهو روايةٌ عن أبي يوسف رحمه الله.

وعند محمدٍ رحمه الله، وهو روايةٌ عن أبي يوسف رحمه الله: أن الأوَّلَ منها: بالأيام، والباقي[٢]: بالأهلَّة؛ لأن الأيامَ يُصارُ إليها ضرورةً، والضرورةُ في الأول منها[٣].

وله: أنه متىٰ تَمَّ الأولُ بالأيام: اُبْتُدِئَ[٤] الثاني بالأيام ضرورةً، وهكذا إلىٰ آخِرِ السَّنَة.

ونظيرُه العِدَّةُ، وقد مَرَّ في الطلاق.

قال: (ويجوزُ أَخْذُ أجرةِ الحَمَّام، والحَجَّام).

أما الحَمَّامُ: فلتَعارُفِ الناس، ولم تُعتبرِ الجهالةُ؛ لإجماع المسلمين.

قال عليه الصلاة والسلام: «ما رآه المسلمون حَسَناً: فهو عند الله حَسَنٌ، وما رآه المسلمون قبيحاً: فهو عند الله قبيحٌ»[٥].

---

(١) يجوز ضبطه علىٰ صيغة البناء للفاعل، وللمفعول. البناية ١٣/٦٥.

(٢) وفي نُسخ: والثاني.

(٣) أي من السَّنة.

(٤) هكذا تمَّ الضبط في نُسخٍ نفيسة، وضُبط في نُسخ أخرىٰ هكذا: اِبْتَدَأَ.

(٥) روي موقوفاً بإسناد حسن عن ابن مسعود رضي الله عنه، وهو من الموقوف

ولا يجوزُ أَخْذُ أجرةِ عَسْبِ التَّيْس.

ولا يجوزُ الاستئجارُ علىٰ الأذانِ، والحجِّ، وكذا الإمامةِ، وتعليمِ القرآنِ، والفقهِ.

وأما الحَجَّام: فلِمَا رُوي أنه صلىٰ الله عليه وسلم احتجم، وأعطىٰ الحجَّامَ الأجرةَ[1].

ولأنه استئجارٌ علىٰ عملٍ معلومٍ، بأجرٍ معلومٍ، فيقعُ جائزاً.

قال: (ولا يجوزُ أَخْذُ أجرةِ عَسْبِ التَّيْس).

وهو أن يؤجِّرَ فَحْلاً لِينزُوَ علىٰ الإناث؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «إن من السُّحْتِ[2]: عَسْبُ التَّيْس»[3]، والمرادُ أَخْذُ الأجرةِ عليه.

قال: (ولا يجوزُ الاستئجارُ علىٰ الأذانِ، والحجِّ، وكذا الإمامةِ، وتعليمِ القرآنِ، والفقهِ).

والأصلُ: أن كلَّ طاعةٍ يختصُّ بها المسلمُ: لا يجوزُ الاستئجارُ عليه عندنا.

الذي له حكم الرفع: مسند أحمد (٣٦٠٠)، المعجم الأوسط للطبراني (٣٦٠٢) المستدرك للحاكم (٤٤٦٥)، كما في الدراية لابن حجر ١٨٧/٢.

(١) صحيح البخاري (٢٢٧٨)، صحيح مسلم (١٥٧٧)، والأحاديث الواردة في تحريم كسب الحجام: منسوخةٌ. البناية ٦٩/١٣.

(٢) أي الخُبث والحرام. حاشية نسخة أخي الوزير، وحاشية نسخة ١٠٣٨هـ.

(٣) صحيح البخاري (٢٢٨٤)، وينظر نصب الراية ١٣٥/٤.

. . . .

وعند الشافعي[١] رحمه الله: يصحُّ في كلِّ ما لا يَتعيَّن علىٰ الأجير[٢]؛ لأنه استئجارٌ علىٰ عملٍ معلومٍ، غيرِ متعيِّنٍ عليه، فيجوز.

ولنا: قولُه عليه الصلاة والسلام: «اقرؤوا القرآنَ، ولا تأكلوا به»[٣].

وفي آخرِ ما عَهِدَ رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم إلىٰ عثمانَ بن أبي العاص رضي الله عنه: «وإن اتُّخِذْتَ مؤذِّناً: فلا تأخذْ علىٰ الأذانِ أجراً»[٤].

ولأن القُربةَ متىٰ حَصَلَتْ: وَقَعَتْ عن العامل، ولهذا تُعتبرُ أهليتُه، فلا يجوز له أَخْذُ الأجرِ من غيره، كما في الصوم، والصلاة.

ولأن التعليمَ ممَّا لا يَقدِرُ المعلِّمُ عليه إلا بمعنىً من قِبَلِ المتعلِّم[٥]، فيكونُ ملتزِماً ما لا يَقْدِرُ علىٰ تسليمِه، فلا يصح.

وبعضُ مشايخِنا رحمهم الله استحسنوا الاستئجارَ علىٰ تعليم القرآن

---

(١) منهاج الطالبين ١/١٦١.

(٢) فإذا تعيَّن، بأن كان الإمام أو المفتي واحداً: لا يجوز استئجاره بالإجماع. البناية ١٣/٧٢.

(٣) مصنف ابن أبي شيبة (٧٧٤٢)، مسند أحمد (١٥٥٣٥)، مسند البزار (١٠٤٤)، المعجم الأوسط للطبراني (٨٨٢٣)، الدراية ٢/١٨٨.

(٤) سنن أبي داود (٥٣١)، سنن الترمذي (٢٠٩)، وقال: حديثٌ حسنٌ، سنن ابن ماجه (٧١٤)، الدراية ٢/ ١٨٩.

(٥) ويتفاوت المتعلِّمون في التلقِّي.

ولا يجوزُ الاستئجارُ علىٰ الغِنَاء والنَّوْح.

ولا تجوزُ إجارةُ المُشَاعِ عند أبي حنيفة رحمه الله، إلا من الشريك، وقالا: إجارةُ المشاعِ جائزةٌ.

اليومَ؛ لأنه ظَهَرَ التواني في الأمور الدينية، فالامتناعُ: يؤدي إلىٰ تضييع حفظِ القرآن، وعليه الفتوىٰ.

قال: (ولا يجوزُ الاستئجارُ علىٰ الغِنَاء والنَّوْح)، وكذا سائرِ الملاهي؛ لأنه استئجارٌ علىٰ المعصية، والمعصيةُ لا تُستَحَقُّ بالعقد.

قال: (ولا تجوزُ إجارةُ المُشَاعِ عند أبي حنيفة رحمه الله، إلا من الشريك، وقالا: إجارةُ المشاعِ جائزةٌ[1]).

وصورتُه: أن يؤاجِرَ نصيباً من داره، أو نصيبَه من دارٍ مشتركةٍ من غير الشريك.

لهما: أنَّ للمُشاعِ منفعةً، ولهذا يجبُ أجرُ المِثْل، والتسليمُ ممكنٌ بالتخلية أو بالتهايؤ، فصار كما إذا آجَرَ من شريكه أو من رجلَيْن، وصار كالبيع.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنه آجَرَ ما لا يَقدِرُ علىٰ تسليمه، فلا يجوز، وهذا لأنَّ تسليمَ المُشَاع وحدَه لا يُتصوَّر، والتخليةُ: اعتُبرت تسليماً؛

---

(١) وجاءت زيادةٌ انفردت بها نسخة ٦٤٤، ومُيِّزت بخطٍّ فوقها علىٰ أنها من بداية المبتدي، وهي: (وإذا كانت الدارُ بين شريكين، فآجراها معاً من رجلٍ: جاز، وإن نقض أحدُهما الإجارةَ في نصيبه، أو مات أحدُهما: لم تبطل الإجارةُ في نصيب الثاني). اهـ، ثم وجدتُ هذه المسألة بنصها منقولةً عن مختصر الكرخي في حاشية الشلبي علىٰ تبيين الحقائق ١٢٦/٥، من قول أبي حنيفة رحمه الله.

ويجوز استئجارُ الظِّئْرِ بأجرةٍ معلومةٍ.

لوقوعه تمكيناً، وهو الفعلُ الذي يحصلُ به التمكُّنُ، ولا تمكُّنَ في المشاع، بخلاف البيع؛ لحصول التمكُّن فيه.

وأما التهايؤ: فإنما يُستَحَقُّ حُكماً للعقد بواسطة الملك، وحُكمُ العقد يَعقُبُه، والقدرةُ علىٰ التسليم شَرْطُ العقد، وشَرْطُ الشيءِ يَسبِقُه، ولا يُعتبرُ المتراخي سابقاً.

وأما إذا آجَرَ من شريكه، فالكلُّ يَحدُثُ علىٰ مِلكِه، فلا شيوعَ، والاختلافُ في النسبة لا يُضُرُّه.

علىٰ أنه لا يصحُّ في رواية الحسن عنه رحمهما الله.

وبخلاف الشيوعِ الطارئ؛ لأن القدرةَ علىٰ التسليم ليست بشرطٍ للبقاء.

وبخلاف ما إذا آجَرَ من رجلَيْن؛ لأن التسليمَ يقعُ جملةً، ثم الشيوعُ بتفرُّقِ الملكِ فيما بينهما طارئٌ.

قال: (ويجوز استئجارُ الظِّئْرِ بأجرةٍ معلومةٍ).

لقوله تعالىٰ: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾. الطلاق/٦.

ولأن التعاملَ به كان جارياً في عهد رسولِ الله صلىٰ الله عليه وسلم، وقَبْلَه[(١)]، وأقرَّهم عليه[(٢)].

---

(١) أي قبل عهده صلىٰ الله عليه وسلم، أي هو شرع مَن قبلنا.

(٢) لم يخرجه في نصب الراية ٤/١٤٠، وبيَّض له في الدراية ٢/١٨٩، ولم يخرِّجه أيضاً في البناية ١٣/٨٤.

ويجوزُ بطعامِها وكِسوتِها؛ استحساناً عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: لا يجوز.

ثم قيل: إن العقدَ يقعُ علىٰ المنافع، وهي خدمتُها للصبيِّ، والقيامُ به، واللبنُ يُستَحَقُّ علىٰ طريق التَّبع، بمنزلة الصِّبْغ في الثوب.

وقيل: إن العقدَ يقعُ علىٰ اللبن، والخدمةُ تابعةٌ، ولهذا لو أرضعته بلبن شاةٍ: لا تَستحِقُّ الأجرَ.

والأولُ أقربُ إلىٰ الفقه؛ لأن عقدَ الإجارة لا ينعقدُ علىٰ إتلافِ الأعيانِ مقصوداً، كما إذا استأجر بقرةً ليشرب لبنَها، وسنبيِّنُ[1] العُذرَ عن الإرضاع بلبن الشاة إن شاء الله تعالىٰ.

وإذا ثبت ما ذكرنا: يصحُّ إذا كانتِ الأجرةُ معلومةً؛ اعتباراً بالاستئجار علىٰ الخدمة.

قال: (ويجوزُ بطعامِها وكِسوتِها؛ استحساناً عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: لا يجوز)؛ لأن الأجرةَ مجهولةٌ، فصار كما إذا استأجرها للخَبْز والطَّبْخ.

قلت: جاء في صحيح مسلم (٢٣١٦) عن أنس رضي الله عنه قال: ما رأيتُ أرحمَ بالعيال من رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، قال: كان إبراهيم مسترضِعاً له في عوالي المدينة...اهـ، وقد استفدتُ هذا من كتاب المغني ٧٣/٨ (ط التركي والحلو)، حيث قال ابن قدامة: واسترضَعَ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم لولده إبراهيم. اهـ

(١) قريباً.

وفي «الجامع الصغير»: فإن سمَّىٰ الطعامَ دراهمَ، ووَصَفَ جنسَ الكسوةِ، وأَجَلَها، وذَرْعَها: فهو جائزٌ.

وله: أن الجهالةَ فيه لا تُفضِي إلىٰ المنازعة؛ لأن العادةَ جرَتْ بالتوسعة علىٰ الأظآر؛ شفقةً علىٰ الأولاد، فصار كبيع قَفِيزٍ من صُبْرةٍ.

بخلاف الخَبْز والطَّبْخ؛ لأن الجهالةَ فيه تُفضِي إلىٰ المنازعة.

(وفي «الجامع الصغير[1]»: فإن سمَّىٰ الطعامَ دراهمَ، ووَصَفَ جنسَ الكسوةِ، وأَجَلَها[2]، وذَرْعَها: فهو جائزٌ)، يعني بالإجماع.

ومعنىٰ تسميةِ الطعام دراهمَ: أن يَجعلَ الأجرةَ دراهمَ، ثم يَدفَعُ الطعامَ مكانَه[3]، وهذا لا جهالةَ فيه.

ولو سمَّىٰ الطعامَ، وبيَّن قَدْرَه: جاز أيضاً؛ لِمَا قلنا، ولا يُشترطُ تأجيلُه؛ لأنَّ أوصافَها أثمانٌ.

ويُشترط بيانُ مكانِ الإيفاءِ عند أبي حنيفة رحمه الله، خلافاً لهما، وقد ذكرناه في البيوع.

وفي الكسوةِ يُشترطُ بيانُ الأجلِ أيضاً، مع بيان القَدْر والجنس؛ لأنه إنما يصيرُ ديناً في الذمة إذا صار مَبيعاً، وإنما يصيرُ مَبيعاً عند الأجل، كما في السَّلَم.

---

(١) ص٢١٦.

(٢) أي وقت العطاء. البناية ١٣/٨٩.

(٣) أي مكان المسمىٰ من الدراهم، وفي نُسخ: مكانها.

وليس للمستأجر أن يمنعَ زوجَها من وَطْئِها.

فإن حَبِلَتْ: كان لهم أن يفسخوا الإجارةَ إذا خافوا علىٰ الصبيِّ من لبنِها، وعليها أن تُصلِحَ طعامَ الصبيِّ.

قال: (وليس للمستأجر أن يمنعَ زوجَها من وَطْئِها)؛ لأن الوطءَ حَقُّ الزوجِ، فلا يَتمكَّنُ من إبطال حَقِّه؛ ألا ترىٰ أن له أن يَفسخَ الإجارةَ إذا لم يَعلم به[1]؛ صيانةً لِحَقِّه، إلا أنَّ المستأجرَ يمنعُه من غِشْيانها في منزله؛ لأن المنزلَ حَقُّه.

قال: (فإن حَبِلَتْ: كان لهم أن يفسخوا الإجارةَ إذا خافوا علىٰ الصبيِّ من لبنِها)؛ لأن لبنَ الحاملِ يُفسِدُ الصبيَّ[2]، ولهذا كان لهم الفسخُ إذا مرضت أيضاً.

قال: (وعليها أن تُصلِحَ طعامَ الصبيِّ)؛ لأن العملَ عليها.

والحاصلُ أنه يُعتبرُ فيما لا نَصَّ عليه: العُرفُ في مثل هذا الباب.

فما جرىٰ به العُرفُ من غَسْلِ ثيابِ الصبيِّ، وإصلاحِ الطعام، وغيرِ ذلك: فهو علىٰ الظئر.

أما الطعامُ: فعلىٰ والدِ الولد.

وما ذَكَرَ محمدٌ[3] رحمه الله أن الدُّهنَ والرَّيحانَ علىٰ الظئر: فذلك من عادة أهل الكوفة.

---

(١) أي بعقد الإجارة.

(٢) يحرَّر هذا الإفساد طبياً.

(٣) أي في كتابه الأصل ٣/٤٥٨. حاشية نسخة ٧٩٧هـ.

وإن أرضعَتْه في المدة بلبنِ شاةٍ : فلا أجرَ لها .

ومَن دَفَعَ إلىٰ حائكٍ غَزْلاً لينسُجَه بالنصف : فله أجرُ مثله .

وكذلك إذا استأجر حِماراً ليحمِلَ طعاماً بقَفِيزٍ منه : فالإجارةُ فاسدةٌ .

قال: (وإن أرضعَتْه في المدة بلبنِ شاةٍ: فلا أجرَ لها)؛ لأنها لم تأتِ بعملٍ مستَحَقٍّ عليها، وهو الإرضاعُ، فإن هذا إيجارٌ[(١)]، وليس بإرضاع.

وإنما لم يجب الأجرُ لهذا المعنىٰ: أنه[(٢)] اختَلَفَ العملُ.

قال: (ومَن دَفَعَ إلىٰ حائكٍ غَزْلاً لينسُجَه بالنصف: فله أجرُ مثله.

وكذلك إذا استأجر حِماراً ليحمِلَ طعاماً بقَفِيزٍ منه: فالإجارةُ فاسدةٌ[(٣)])؛ لأنه جَعَلَ الأجرَ بعضَ ما يَخرُجُ من عمله، فيصيرُ في معنىٰ قفيزِ الطحان، وقد نهىٰ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم عنه[(٤)].

---

(١) مصدر: أوجرتُه: إذا صببتُ في وسط فمه دواءً، والوَجور: اسمٌ لذلك الدواء. البناية ١٣/٩٤. قلت: وهكذا حال النُّسخ التي هي عندي.

(٢) بفتح همزة: أنَّ: لأنها بدلٌ من المعنىٰ، وفي بعض النسخ: وهو أنه، وفي بعضها: لأنه، والصحيحُ الذي ضبطه مشايخنا: هو الأول. البناية ١٣/٩٤.

(٣) ولا يجاوِزَ بالأجر قفيزاً، كما سيأتي قريباً في نص المؤلف رحمه الله.

(٤) قفيز الطحان هو: أن يستأجر رجلاً ليطحن له حنطة معلومة بقفيزٍ من دقيقها، أي مكيالٍ معيَّنٍ منه. ينظر البناية ٩/٣٦٠، النهاية لابن الأثير ٤/٩٠.

وينظر نهيه صلىٰ الله عليه وسلم عن قفيز الطحان في سنن الدارقطني (٢٩٨٥)، سنن البيهقي (١٠٨٥٤)، مسند أبي يعلىٰ (١٠٢٤)، كما في نصب الراية ٤/١٤٠، قال ابن حجر في الدراية ٢/١٩٠: وفي إسناده ضعف، لكنه في التلخيص الحبير=

ولا يُجاوَزُ بالأجر قفيزاً.

وهو أنْ يستأجرَ ثوراً ليطحَنَ له حنطةً بقَفِيزٍ من دقيقه.

وهذا أصلٌ كبيرٌ يُعرَفُ به فسادُ كثيرٍ من الإجارات، لا سيما في ديارنا، والمعنىٰ فيه: أن المستأجِرَ عاجزٌ عن تسليم الأجرِ، وهو بعضُ المنسوج، أو المحمول، إذْ حصولُه بفعل الأجير، فلا يُعَدُّ هو قادراً بقدرة غيره.

وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمِلَ نصفَ طعامِه بالنصف الآخَر، حيث لا يجبُ له الأجرُ؛ لأن الأجير[1] مَلَكَ الأجرَ في الحال بالتعجيل، فصار مشتركاً بينهما.

ومَن استأجر رجلاً لحَمْلِ طعامٍ مشترَكٍ بينهما: لا يجبُ الأجرُ؛ لأن ما مِن جزءٍ يحمِلُه إلا وهو عامِلٌ[2] لنفسه فيه، فلا يتحَقَّقُ تسليمُ المعقود عليه.

قال: (ولا يُجاوَزُ بالأجر قفيزاً)؛ لأنه لَمَّا فسدتِ الإجارةُ: فالواجبُ الأقلُّ مما سُمِّيَ، ومِن أجرِ المِثْلِ؛ لأنه رضِيَ بحَطِّ الزيادة.

وهذا بخلافِ ما إذا اشتركا في الاحتطابِ، حيث يجبُ الأجرُ بالغاً ما بَلَغَ عند محمدٍ رحمه الله؛ لأن المسمَّىٰ هناك غيرُ معلومٍ، فلم يصحَّ الحطُّ.

٣/ ٦٠ بعد أن تكلم في أحد رواته، نقل عن العلامة مغلطاي توثيقه، وعن ثقات ابن حبان، ومن هنا صحَّحه محقق مسند أبي يعلىٰ، وينظر التعريف والإخبار ٢/ ٣٣٢.

(١) وفي نُسخ: المستأجَر: بفتح الجيم، والمعنىٰ واحدٌ.

(٢) وفي نُسخ: حاملٌ.

ومن استأجر رجلاً ليَخْبِزَ له هذه العشرةَ المَخَاتِيْمَ اليومَ بدرهمٍ : فهو فاسدٌ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في الإجارات : هو جائزٌ.

ومَن استأجر أرضاً علىٰ أن يَكْرُبَها ويَزرعَها، أو يَسْقِيَها . . . .

قال: (ومن استأجر رجلاً ليَخْبِزَ له هذه العشرةَ المَخَاتِيْمَ[1] اليومَ بدرهمٍ: فهو فاسدٌ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله في الإجارات[2]: هو جائزٌ)؛ لأنه يُجعَلُ المعقودُ عليه عملاً، ويُجعَلُ ذِكْرُ الوقت للاستعجال؛ تصحيحاً للعقد، فترتفعُ الجهالةُ.

وله: أن المعقودَ عليه مجهولٌ؛ لأن ذِكْرَ الوقت يوجِبُ كونَ المنفعةِ معقوداً عليها، وذِكْرُ العملِ يوجِبُ كونَه معقوداً عليه، ولا ترجيحَ، ونَفْعُ المستأجرِ: في الثاني، ونفعُ الأجيرِ: في الأول، فيُفضِي إلىٰ المنازعة.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه تصحُّ الإجارةُ إذا قال: في اليوم، وقد سمَّىٰ عملاً؛ لأنه للظرف، فكان المعقودُ عليه العملَ، بخلاف قوله: اليومَ، وقد مرَّ مثلُه في الطلاق.

قال: (ومَن استأجر أرضاً علىٰ أن يكْرُبَها[3] ويَزرعَها، أو يَسْقِيَها

---

(١) جمع: مَختوم: وهو الصاع بعينه. البناية ١٣/١٠٠، والمراد: المَخاتيم من الدقيق.

(٢) أي في كتاب الإجارات من كتاب الأصل (المبسوط) للإمام محمد.

(٣) أي يقْلِبَها للحرث.

ويزرَعَها : فهو جائز .

فإن اشترط أن يُثَنِّيَها، أو يَكْرِيَ أنهارَها، أو يُسَرْقِنَها : فهو فاسدٌ .

ويزرَعَها: فهو جائز)؛ لأن الزراعةَ مستَحَقَّةٌ بالعقد، ولا تتأتَّىٰ الزراعةُ إلا بالسَّقْي والكِراب، فكان كلُّ واحدٍ منهما مستَحَقّاً، وكلُّ شَرْطٍ هذه صفتُه: يكونُ من مقتضيات العقد، فذِكْرُه لا يوجِبُ الفسادَ.

قال: (فإن اشترط أن يُثَنِّيَها[١]، أو يكْرِيَ[٢] أنهارَها، أو يُسَرْقِنَها[٣]: فهو فاسدٌ)؛ لأنه يبقىٰ أثرُه بعد انقضاء المدة، وأنه ليس من مقتضيات العقد.

ولأن فيه منفعةً لأحد المتعاقدين، وما هذا حالُه: يوجِبُ الفسادَ؛ لأن مُؤْجِرَ الأرضِ يصيرُ مستأجِراً منافعَ الأجير علىٰ وجهٍ يبقىٰ بعد المدة، فتصيرُ صفقتان في صفقةٍ واحدةٍ، وهو[٤] مَنْهِيٌّ عنه[٥].

ثم قيل: المرادُ بالتثنية: أن يَرُدَّها مكْروبةً، ولا شبهةَ في فساده.

وقيل: أن يكرُبَها مرتين، وهذا في موضعٍ تُخرِجُ الأرضُ الرَّيْعَ بالكِراب مرةً واحدةً، والمدةُ سَنَةٌ واحدةٌ.

---

(١) سيأتي شرحها قريباً جداً من كلام المصنف رحمه الله.

(٢) أي يحفرها.

(٣) أي يجعل فيها السرقين، أي الزبل.

(٤) أي كون الصفقتين في صفقة: منهيٌّ عنه. البناية ١٣/١٠٢.

(٥) مسند أحمد (٣٧٨٣)، ورجاله ثقات، كما في التعريف والإخبار ٢/٢٧٢، صحيح ابن خزيمة (١٧٦)، صحيح ابن حبان (١٠٥٣)، وينظر البدر المنير ١٦/٤٤٢، نصب الراية ٤/٢٠.

وإن استأجرها ليزرعَها بزراعةِ أرضٍ أخرىٰ : فلا خيرَ فيه .

وإن كانت ثلاثَ سنين: لا تبقىٰ لتثنيتِه منفعةٌ.

وليس المرادُ بكَرْيِ الأنهار: الجداولَ، بل المرادُ منها: الأنهارُ العِظَامُ، هو الصحيح؛ لأنه تبقىٰ منفعتُه[1] في العام القابل.

قال: (وإن استأجرها ليزرعَها بزراعةِ أرضٍ أخرىٰ: فلا خيرَ[2] فيه).

وقال الشافعي[3] رحمه الله: هو جائزٌ.

وعلىٰ هذا الخلاف: إجارةُ السُّكْنىٰ بالسكنىٰ، واللُّبْسِ باللُّبْسِ، والركوبِ بالركوب.

له: أن المنافعَ بمنزلة الأعيان، حتىٰ جازتِ الإجارةُ بأجرةٍ دَيْنٍ، ولا يصير ديناً بدينٍ.

ولنا: أن الجنسَ بانفراده يُحرِّمُ النَّساءَ عندنا، فصار كبيع القُوْهِي[4]

---

(١) أي منفعة كري الأنهار العظام. البناية ١٣/١٠٣.

(٢) «أي لا يجوز أصلاً، هكذا فسَّرَه غالبُ الشُّرَّاح، ولم يُبيِّن أحدٌ منهم وجهَ العدول عن لفظة: لا يجوز، أو: يفسدُ: إلىٰ هذه اللفظة، إلا تاجُ الشريعة ــ قلت: رأيتُه في: نهاية الكفاية لدراية الهداية. مخطوط ـ، فإنه قال: مِن دأبِ محمدٍ رحمه الله تعالىٰ أنه يذكر: لا خيرَ: فيما لم يجد نصاً صريحاً في فساده؛ ليكون بيانُ الفسادِ بطريق الاقتضاء، لا بالإفصاح.

ووجهُ تفسير: لا خيرَ: بـ: لا يجوز أصلاً: لأنَّ: لا: لنفي الجنس، فإذا انتفت الخيرية من كل وجه: انتفىٰ الجواز أصلاً». البناية ١٣/١٠٣.

(٣) العزيز ١٢/٢٠٠، مغني المحتاج ٢/٣٣٤.

(٤) أي ثوبٌ قوهيٌّ، نسبةً إلىٰ: قُوْهِسْتان، كُوْرَةٌ من كُوَر فارس. البناية ١٣/١٠٤.

وإذا كان الطعامُ بين رجلَيْن، فاستأجر أحدُهما صاحبَه، أو حمارَ صاحبِه علىٰ أن يَحمِلَ نصيبَه، فحَمَلَ الطعامَ كلَّه : فلا أجرَ له.

بالقُوْهِي نسيئةً، وإلىٰ هذا أشار محمدٌ[1] رحمه الله.

ولأن الإجارة جُوِّزتْ بخلاف القياس للحاجة، ولا حاجةَ عند اتحاد الجنس، بخلاف ما إذا اختلف جنسُ المنفعة.

قال: (وإذا كان الطعامُ بين رجلَيْن، فاستأجر أحدُهما صاحبَه، أو حمارَ صاحبِه علىٰ أن يَحمِلَ نصيبَه، فحَمَلَ الطعامَ كلَّه: فلا أجرَ له).

وقال الشافعي[2] رحمه الله: له المسمَّىٰ؛ لأن المنفعةَ عينٌ عنده، وبيعُ العينِ شائعاً جائزٌ، وصار كما إذا استأجر داراً مشتركةً بينه وبين غيرِه ليضعَ فيها الطعامَ[3]، أو عبداً مشتركاً ليَخِيطَ له الثيابَ.

ولنا: أنه استأجره علىٰ عملٍ لا وجودَ له؛ لأن الحَمْلَ فِعْلٌ حِسِّيٌّ لا يُتصوَّرُ في الشائع، بخلاف البيع؛ لأنه تصرُّفٌ حُكميٌّ، وإذا لم يُتصوَّرْ تسليمُ المعقودِ عليه: لا يجبُ الأجرُ.

ولأنَّ ما من جزءٍ يَحمِلُه إلا وهو شريكٌ فيه، فيكونُ عاملاً لنفسه، فلا يتحقَّقُ التسليمُ.

---

(١) وهو ما روي أن ابن سماعةَ كتب من بَلْخ إلىٰ محمد بن الحسن في هذه المسألة، وقال: لمَ لا يجوز إجارة سكنىٰ دار بسكنىٰ دار: فكتب محمدٌ رحمه الله في جوابه: إنك أطلتَ الفكرة، فأصابتْكَ الحَيْرةَ.... ينظر البناية ١٣/ ١٠٤.

(٢) لم أقف عليه فيما تيسر لي من كتب الشافعية.

(٣) أي الحنطة.

ومَن استأجر أرضاً، ولم يَذكرْ أنه يزرعُها، أو أيَّ شيءٍ يزرعُها: فالإجارةُ فاسدةٌ، فإن زَرَعَها، ومضىٰ الأجلُ: فله المسمَّىٰ.

ومَن استأجر حِمَاراً إلىٰ بغدادَ بدرهمٍ، ولم يُسمِّ ما يَحمِلُ عليه، . . .

بخلاف الدارِ المشتركة؛ لأن المعقودَ عليه هنالك المنافعُ، ويتحقَّقُ تسليمُها بدون وَضْعِ الطعام.

وبخلافِ العبدِ المشتركِ؛ لأن المعقودَ عليه إنما هو مِلْكُ نصيبِ صاحبِه، وأنه أَمْرٌ حُكميٌّ يُمكِنُ إيقاعُه في الشائع.

قال: (ومَن استأجر أرضاً، ولم يَذكرْ أنه يزرعُها، أو أيَّ شيءٍ يزرعُها: فالإجارةُ فاسدةٌ)؛ لأن الأرضَ تُستأجَرُ للزراعة ولغيرِها.

وكذا ما يُزرَعُ فيها مختلِفٌ، فمنه ما يُضِرُّ بالأرض ما لا يُضِرُّ بها غيرُه، فلم يكنِ المعقودُ عليه معلوماً.

(فإن زَرَعَها، ومضىٰ الأجلُ: فله المسمَّىٰ)، وهذا استحسانٌ.

وفي القياس: لا يجوز، وهو قولُ زفر رحمه الله؛ لأنه وقع فاسداً، فلا ينقلبُ جائزاً.

وجهُ الاستحسان: أن الجهالةَ ارتفعت قبلَ تمامِ العقدِ، فينقلبُ جائزاً، كما إذا ارتفعت في حالةِ العقد، وصار كما إذا أُسقط الأجلُ المجهولُ قبلَ مُضِيِّه، والخيارُ الزائدُ في المدة[1].

قال: (ومَن استأجر حِمَاراً إلىٰ بغدادَ بدرهمٍ، ولم يُسمِّ ما يَحمِلُ عليه،

---

(١) بأن شرط الخيارَ أربعة أيام مثلاً، ثم أسقط اليوم الرابع قبل مجيئه.

فحَمَلَ ما يَحمِلُ الناسُ في مثله، فنَفَقَ في بعضِ الطريق : فلا ضمانَ عليه.

فإن بَلَغَ بغدادَ : فله الأجرُ المسمَّىٰ؛ استحساناً.

وإن اختصما قبلَ أن يَحمِلَ عليه : نُقِضَتِ الإجارةُ.

فحَمَلَ ما يَحمِلُ الناسُ في مثله، فنَفَقَ في بعضِ[1] الطريق: فلا ضمانَ عليه).

لأن العينَ المستأجَرَةَ أمانةٌ في يد المستأجِرِ وإن كانت الإجارةُ فاسدةً.

قال: (فإن بَلَغَ بغدادَ: فله الأجرُ المسمَّىٰ؛ استحساناً)، علىٰ ما ذكرنا في المسألة الأُولىٰ[2].

قال: (وإن اختصما قبلَ أن يَحمِلَ عليه)، وفي المسألةِ الأُولىٰ: قبلَ أن يزرع: (نُقِضَتِ الإجارةُ)؛ دفعاً للفساد، إذِ الفسادُ قائمٌ بعدُ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) وفي نُسخ: نصف.

(٢) وهي ما إذا استأجر أرضاً ولم يذكر أنه يزرعها... إلىٰ آخرها.

باب ضمان الأجير

الأُجَراءُ علىٰ ضربَيْن : أجيرٌ مشترَكٌ، وأجيرٌ خاصٌّ .

فالمشترَكُ : مَن لا يَستَحِقُّ الأجرةَ حتىٰ يَعملَ، كالصبَّاغ، والقصَّار .

والمتاعُ أمانةٌ في يده، إن هَلَكَ : لم يَضمَنْ شيئاً عند أبي حنيفة رحمه الله .

ويَضمَنُه عندهما، إلا مِن شيءٍ غالِبٍ، كالحريقِ الغالِبِ، والعَدُوِّ المُكابِرِ .

باب ضمان الأجير

قال: (الأُجَراءُ علىٰ ضربَيْن: أجيرٌ مشترَكٌ، وأجيرٌ خاصٌّ.

فالمشترَكُ: مَن لا يَستَحِقُّ الأجرةَ حتىٰ يَعملَ، كالصبَّاغ، والقصَّار)؛ لأن المعقودَ عليه إذا كان هو العملَ أو أثرَه: كان له أن يعملَ للعامة؛ لأن منافعَه لم تَصِرْ مستَحَقَّةً لواحدٍ، فمِن هذا الوجه يُسمىٰ: مشتركاً.

قال: (والمتاعُ أمانةٌ في يده، إن هَلَكَ: لم يَضمَنْ شيئاً عند أبي حنيفة رحمه الله)، وهو قولُ زفر رحمه الله.

(ويَضمَنُه عندهما، إلا مِن شيءٍ غالِبٍ، كالحريقِ الغالِبِ، والعَدُوِّ المُكابِرِ).

لهما: ما رُوي عن عمرَ وعليٍّ رضي الله عنهما أنهما كانا يُضمِّنان

. . . .

الأجيرَ المشترَك[1].

ولأن الحفظَ مستَحَقٌّ عليه، إذْ لا يُمكِنُه العملُ إلا به، فإذا هلك بسببٍ يُمكِنُ الاحترازُ عنه، كالغصب والسرقة: كان التقصيرُ من جهته، فيَضمَنُه، كالوديعة إذا أُودعت: كانت بأجرٍ.

بخلاف ما لا يُمكنُ الاحترازُ عنه، كالموت حَتْفَ أنفِه، والحريقِ الغالِبِ وغيرِه؛ لأنه لا تقصيرَ مِن جهته.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن العينَ أمانةٌ في يده؛ لأن القبضَ حَصَلَ بإذنه، ولهذا لو هَلَكَ بسببٍ لا يُمكنُ التحرُّزُ عنه: لا يَضمَنْه، ولو كان مضموناً: لضَمِنَه، كما في المغصوب، والحفظُ مستَحَقٌّ عليه تَبَعاً، لا مقصوداً، ولهذا لا يقابِلُه الأجرُ.

بخلاف المودَعِ بأجرٍ؛ لأن الحفظَ مستَحَقٌّ عليه مقصوداً، حتىٰ يقابِلُه الأجرُ.

---

(١) أثر عمر رضي الله عنه قال عنه ابن حجر في الدراية ١٩٥/٢: لم أره. اهـ، ولم يتعرض لتخريجه صاحب نصب الراية ١٤٢/٤، ولا العيني في البناية ١١٣/١٣، في حين قال العلامة قاسم في التعريف والإخبار ٣٢٦/٢: أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢١٠٥٠)، وكذلك أخرجه محمدٌ في الأصل.

وأما أثر علي رضي الله عنه: فأخرجه البيهقي في السنن الصغير (٢١٦٣)، وفي سنده مقال، وتنظر له طرقٌ أخرىٰ في التعريف والإخبار ٣٢٦/٢.

وما تَلِفَ بعمله، كتخريق الثوبِ من دَقِّه، وزَلَقِ الحَمَّال، وانقطاعِ الحَبْلِ الذي يَشُدُّ به المُكاري الحِمْلَ، وغَرَقِ السفينة مِن مَدِّها: مضمونٌ عليه.

قال: (وما تَلِفَ بعمله، كتخريق الثوبِ من دَقِّه، وزَلَقِ الحَمَّال، وانقطاعِ الحَبْلِ الذي يَشُدُّ به المُكاري الحِمْلَ، وغَرَقِ السفينة مِن مَدِّها[١]: مضمونٌ عليه).

وقال زفر والشافعي[٢] رحمهما الله: لا ضمانَ عليه؛ لأنه أَمَرَه بالفعل مطلقاً، فينتظمُه بنوعَيْه المَعِيبِ والسليمِ، وصار كأجيرِ الوَحْدِ، ومُعِيْنِ القَصَّار[٣].

ولنا: أن الداخلَ تحت الإذنِ: ما هو الداخلُ تحت العقد، وهو العملُ المصلِح[٤]؛ لأنه هو الوسيلةُ إلىٰ الأثر، وهو المعقودُ عليه حقيقةً، حتىٰ لو حصل بفعل الغير: يجبُ الأجرُ، فلم يكنِ المفسِدُ مأذوناً فيه.

بخلاف المُعِين؛ لأنه متبرِّعٌ، فلا يمكنُ تقييدُه بالمُصلِح؛ لأنه يمتنعُ عن التبرع، وفيما نحنُ فيه: يعملُ بالأجر، فأمكنَ تقييدُه به.

وبخلاف أجيرِ الوَحْدِ، علىٰ ما نذكرُه إن شاء الله تعالىٰ.

وانقطاعُ الحَبْلِ: من قلَّة اهتمامه، فكان من صنيعه.

---

(١) وفي نُسخ: مَدِّه.

(٢) تحفة المحتاج ٩/٢٢.

(٣) حيث لا ضمان عليهما.

(٤) وفي نُسخ: الصالح.

إلا أنه لا يَضمنُ به بني آدمَ ممَّن غَرِقَ في السفينة، أو سَقَطَ من الدابة وإن كان بسَوْقه وقَوْدِه.

وإذا استأجر مَن يَحمِلُ له دَنّاً من الفرات، فوَقَعَ في بعض الطريق، فانكسر: فإن شاء ضَمَّنه قيمتَه في المكان الذي حَمَلَه، ولا أجرَ له، وإن شاء ضمَّنَه قيمتَه في الموضع الذي انكسر، وأعطاه أجرَه بحسابه.

قال: (إلا أنه لا يَضمنُ[(١)] به بني آدمَ ممَّن غَرِقَ في السفينة، أو سَقَطَ من الدابة وإن كان بسَوْقه وقَوْدِه)؛ لأن الواجبَ ضمانُ الآدميِّ، وأنه لا يجبُ بالعقد، وإنما يجبُ بالجناية، ولهذا يجبُ علىٰ العاقلة، وضمانُ العقودِ: لا تتحمَّلُه العاقلةُ.

قال: (وإذا استأجر مَن يَحمِلُ له دَنّاً[(٢)] من الفرات، فوَقَعَ[(٣)] في بعض الطريق، فانكسر: فإن شاء ضَمَّنه قيمتَه في المكان الذي حَمَلَه، ولا أجرَ له، وإن شاء ضمَّنَه قيمتَه في الموضع الذي انكسر، وأعطاه أجرَه بحسابه).

أما الضمانُ: فلِمَا قلنا، والسقوطُ بالعِثَار، أو بانقطاع الحَبْلِ، وكلُّ ذلك من صُنْعِه.

وأما الخيارُ: فلأنه إذا انكسر في الطريق، والحِمْلُ شيءٌ واحدٌ: تبيَّن أنه وَقَعَ تعدِّياً من الابتداء من هذا الوجه.

---

(١) أي المادُّ.

(٢) كهيئة: الحُبِّ، أي الجَرَّة، إلا أنه أطول منه وأوسع رأساً، والجمع: دِنان. المصباح المنير (دنن).

(٣) أي وقع الدَّنُّ.

وإذا فَصَدَ الفَصَّادُ، أو بَزَغَ البَزَّاغُ، ولم يتجاوَزِ الموضعَ المعتادَ: فلا ضمانَ عليه فيما عَطِبَ من ذلك.

وفي «الجامع الصغير»: بَيْطارٌ بَزَغَ دابةً بدانِقٍ، فنَفَقَتْ، أو حجَّامٌ حَجَمَ عبداً بأمرِ مولاه، فمات: فلا ضمانَ عليه.

وله وجهٌ آخَرُ: وهو أن ابتداءَ الحَمْلِ حَصَلَ بإذنه، فلم يكن تعدِّياً من الابتداء، وإنما صار تعدِّياً عند الكسر، فيَميلُ إلىٰ أيِّ الوجهَيْن شاء.

وفي الوجه الثاني: له الأجرُ بقَدْر ما استوفَىٰ.

وفي الوجه الأول: لا أجرَ له؛ لأنه ما استَوفَىٰ أصلاً.

قال: (وإذا فَصَدَ الفَصَّادُ، أو بَزَغَ البَزَّاغُ، ولم يتجاوَزِ الموضعَ المعتادَ: فلا ضمانَ عليه فيما عَطِبَ من ذلك.

وفي «الجامع الصغير[1]»: بَيْطارٌ بَزَغَ دابةً بدانِقٍ، فنَفَقَتْ، أو حجَّامٌ حَجَمَ عبداً بأمرِ مولاه، فمات: فلا ضمانَ عليه).

وفي كلِّ واحدٍ من العبارتَيْن[2] نوعُ بيانٍ، ووجهُه: أنه لا يُمكنُه التحرُّزُ عن السِّراية؛ لأنه يُبْتَنَىٰ علىٰ قوةِ الطِّباعِ وضعفِها في تحمُّل الألم، فلا يُمكنُ التقييدُ بالمُصلِح من العمل.

ولا كذلك دَقُّ الثوبِ ونحوِه مما قدَّمناه؛ لأن قوةَ الثوبِ ورِقَّته تُعرَف بالاجتهاد، فأمكن القولُ بالتقييد.

---

(١) ص ٢٢٠.

(٢) أي عبارة القدوري، وعبارة الجامع الصغير.

والأجيرُ الخاصُّ: الذي يَستحِقُّ الأجرةَ بتسليم نفسِه في المدةِ وإن لم يَعمل، كمَن استُؤجِرَ شهراً للخدمة، أو لرَعْيِ الغَنَم.

ولا ضمانَ علىٰ الأجيرِ الخاصِّ فيما تَلِفَ في يده، ولا ما تَلِفَ مِن عَمِلِه.

[الأجير الخاص:]

قال: (والأجيرُ الخاصُّ: الذي يَستحِقُّ الأجرةَ بتسليم نفسِه في المدةِ وإن لم يَعمل، كمَن استُؤجِرَ شهراً للخدمة، أو لرَعْيِ الغَنَم).

وإنما سُمِّي: أجيرَ وَحْدٍ: لأنه لا يُمكنُه أن يعملَ لغيره؛ لأن منافعَه في المدة صارت مستَحَقَّةً له، والأجرُ مقابَلٌ بالمنافع، ولهذا يبقىٰ الأجرُ مستَحَقّاً وإن نُقِضَ العمل.

قال: (ولا ضمانَ علىٰ الأجيرِ الخاصِّ فيما تَلِفَ في يده، ولا ما تَلِفَ مِن عَمِلِه).

أما الأولُ: فلأن العَيْنَ أمانةٌ في يده؛ لأنه قَبْضَها بإذنه، وهذا ظاهرٌ عنده[1]، وكذا عندهما؛ لأن تضمينَ الأجيرِ المشترَكِ نوعُ استحسانٍ عندهما؛ لصيانة أموالِ الناسِ.

والأجيرُ الوَحْدُ لا يتقبَّلُ الأعمالَ من غيره، فتكونُ السلامةُ غالبةً، فيُؤخَذُ فيه بالقياس.

---

(١) أي عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله.

. . . .

وأما الثاني[1]: فلأن المنافعَ متىٰ صارتْ مملوكةً للمستأجِر، فإذا أَمَرَه بالتصرف في ملكِه: صحَّ، ويصيرُ نائباً مَنابَه، فيصيرُ فِعْلُه منقولاً إليه، كأنه فَعَلَ بنفسه، فلهذا لا يُضَمِّنُه[2]، واللهُ تعالىٰ أعلمُ بالصواب.

* * * * *

---

(١) وهو ما إذا تلف من عمله.

(٢) وضُبطت في نُسخ: لا يَضْمَنُه.

باب
الإجارة علىٰ أحدِ الشرطَيْن

وإذا قال صاحب الثوب للخيَّاط: إن خِطْتَ هذا الثوبَ فارسيًّاً فبدرهمٍ، وإن خِطْتَه رومياً فبدرهمَيْن: جاز، وأيَّ عَمَلٍ من هذين العملَيْن عَمِلَ: استَحَقَّ الأجرَ به.

باب
الإجارة علىٰ أحدِ الشرطَيْن

قال: (وإذا قال صاحبُ الثوب[1] للخيَّاط: إن خِطْتَ هذا الثوبَ فارسيًّاً فبدرهمٍ، وإن خِطْتَه رومياً فبدرهمَيْن: جاز، وأيَّ عَمَلٍ من هذين العملَيْن عَمِلَ: استَحَقَّ الأجرَ به).

وكذا إذا قال لصبَّاغٍ: إن صبغتَه بعُصْفُرٍ فبدرهم، وإن صبغتَه بزَعْفَرانٍ فبدرهمين.

وكذا إذا خيَّره بين شيئَيْن، بأن قال: آجرتُك هذه الدارَ شهراً بخمسةٍ، أو هذه الدارَ الأخرىٰ بعشرة.

وكذا إذا خيَّرَه بين مسافتَيْن مختلفتَيْن، بأن قال: آجرتُك هذه الدابةَ إلىٰ الكوفة بكذا، أو إلىٰ واسِطٍ بكذا.

---

(١) قوله: صاحبُ الثوب: مثبتٌ في نسخة ٩٨١هـ، ونسخة السليمانية ٦٤٤، وفي بداية المبتدي ص٥٧٤.

ولو قال: إن خِطْتَه اليومَ فبدرهمٍ، وإن خِطْتَه غداً فبنصف درهمٍ، فإن خاطه اليومَ: فله درهمٌ، وإن خاطه غداً: فله أجرُ مثلِه عند أبي حنيفة رحمه الله، لا يُجاوَزُ به نصفُ درهمٍ، وفي «الجامع الصغير»: لا يُنقَصُ من نصف درهمٍ، ولا يُزادُ علىٰ درهمٍ.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: الشرطان جميعاً جائزان.

وكذا إذا خيَّره بين ثلاثةِ أشياء. وإن خيَّره بين أربعةِ أشياءَ: لم يجُز.

والمعتبرُ في جميع ذلك: البيعُ، والجامعُ: دَفْعُ الحاجة، غيرَ أنه لا بدَّ من اشتراط الخيار[1] في البيع.

وفي الإجارة لا يُشترط ذلك؛ لأن الأجرَ إنما يجبُ بالعمل، وعند ذلك يصيرُ المعقودُ عليه معلوماً، وفي البيع يجبُ الثمنُ بنفس العقد، فتتحقَّقُ الجهالةُ علىٰ وجهٍ لا تَرتفعُ المنازعةُ إلا بإثبات الخيار.

قال: (ولو قال: إن خِطْتَه اليومَ فبدرهمٍ، وإن خِطْتَه غداً فبنصف درهمٍ، فإن خاطه اليومَ: فله درهمٌ، وإن خاطه غداً: فله أجرُ مثلِه عند أبي حنيفة رحمه الله، لا يُجاوَزُ به نصفُ درهمٍ.

وفي «الجامع الصغير[2]»: لا يُنقَصُ من نصف درهمٍ، ولا يُزادُ علىٰ درهمٍ.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: الشرطان جميعاً جائزان).

---

(١) أي خيار التعيين.

(٢) ص٢١٧.

. . . .

وقال زفر رحمه الله: الشرطان فاسدان؛ لأن الخياطةَ شيءٌ واحدٌ، وقد ذُكِرَ بمقابلته بَدَلان علىٰ البدل، فيكونُ مجهولاً.

وهذا لأن ذِكْرَ اليوم: للتعجيل، وذِكْرَ الغدِ: للترفيه، فيَجتمِعُ في كلِّ يومٍ تسميتان.

ولهما: أن ذِكْرَ اليوم: للتأقيت، وذِكْرَ الغَدِ: للتعليق، فلا يجتمِعُ في كلِّ يومٍ تسميتان.

ولأن التعجيلَ والتأخيرَ في ذلك مقصودٌ، فنُزِّلَ منزلةَ اختلافِ النوعين.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن ذِكْرَ الغد: للتعليق حقيقةً، ولا يُمكنُ حَمْلُ اليومِ علىٰ التأقيت؛ لأن فيه فسادَ العقد؛ لاجتماع الوقتِ والعمل، وإذا كان كذلك: يجتمعُ في الغدِ تسميتان، دونَ اليوم، فيصحُّ اليومُ الأول، ويجبُ المسمىٰ، ويفسدُ الثاني، ويجبُ أجرُ المثل، لا يُجاوَزُ به نصفُ درهمٍ؛ لأنه هو المسمىٰ في اليوم الثاني.

وفي «الجامع الصغير[1]»: لا يُزادُ علىٰ درهمٍ، ولا يُنقَصُ من نصف درهم: لأن التسميةَ الأُولىٰ لا تنعدِمُ في اليوم الثاني، فتُعتبرُ لمنع الزيادة، وتُعتبرُ التسميةُ الثانيةُ لمنع النقصان.

---

(١) ص٢١٧، وهو هنا يعلِّل لما جاء في الجامع الصغير.

ولو قال: إن أسْكَنْتَ في هذا الدُّكَّانِ عطَّاراً فبدرهمٍ في الشهر، وإن أسكنتَه حدَّاداً فبدرهمين: جاز، وأيَّ الأمرَيْن فَعَلَ: استَحَقَّ المسمىٰ فيه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: الإجارةُ فاسدةٌ.

وكذا إذا استأجر بيتاً علىٰ أنه إن سَكَنَ فيه عطَّاراً فبدرهمٍ، وإن سَكَنَ فيه حدَّاداً فبدرهمين: فهو جائزٌ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يجوز.

ومَن استأجر دابةً إلىٰ الحِيْرة بدرهمٍ، وإن جاوَزَ بها إلىٰ القادسية فبدرهمين: فهو جائزٌ.

فإن خاطه في اليوم الثالث: لا يُجاوَزُ به نصفُ درهمٍ عند أبي حنيفة رحمه الله، هو الصحيح؛ لأنه إذا لم يرضَ بالتأخير إلىٰ الغد: فبالزيادةُ عليه إلىٰ ما بعد الغد أَوْلىٰ.

قال: (ولو قال: إن أسْكَنْتَ في هذا الدُّكَّانِ عطَّاراً فبدرهمٍ في الشهر، وإن أسكنتَه حدَّاداً فبدرهمين: جاز، وأيَّ الأمرَيْن فَعَلَ: استَحَقَّ المسمىٰ فيه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: الإجارةُ فاسدةٌ.

وكذا إذا استأجر بيتاً علىٰ أنه إن سَكَنَ فيه عطَّاراً فبدرهمٍ، وإن سَكَنَ فيه حدَّاداً فبدرهمين: فهو جائزٌ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يجوز.

ومَن استأجر دابةً إلىٰ الحِيْرة بدرهمٍ، وإن جاوَزَ بها إلىٰ القادسية فبدرهمين: فهو جائزٌ)، ويحتملُ الخلافَ[1].

---

(١) يعني حكم هذه المسألة يحتمل الخلاف بين أبي حنيفة والصاحبين، ويحتمل اتفاقهم جميعاً. ينظر البناية ١٢٩/١٣.

وإن استأجرها إلىٰ الحِيْرة علىٰ أنه إن حَمَلَ عليها كُرَّ شعيرٍ فبنصف درهمٍ، وإن حَمَلَ عليها كُرَّ حنطةٍ فبدرهمٍ : فهو جائزٌ في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقالا : لا يجوز .

(وإن استأجرها[1] إلىٰ الحِيْرة علىٰ أنه إن حَمَلَ عليها كُرَّ شعيرٍ فبنصف درهمٍ، وإن حَمَلَ عليها كُرَّ حنطةٍ فبدرهمٍ: فهو جائزٌ في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يجوز).

وجهُ قولهما: أن المعقودَ عليه مجهولٌ، وكذا الأجرُ أحدُ شيئَيْن، وهو مجهولٌ، والجهالةُ توجِبُ الفسادَ، بخلاف الخياطةِ الروميةِ والفارسية؛ لأن الأجرَ يجبُ بالعمل، وعنده ترتفعُ الجهالةُ.

أما في هذه المسائلِ: يجبُ الأجرُ بالتخلية والتسليمِ، فتبقىٰ الجهالةُ، وهذا الحرفُ[2] هو الأصلُ عندهما.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنه خيَّره بين عقدَيْن صحيحَيْن مختلفَيْن، فيصحُّ، كما في مسألة الرومية والفارسية، وهذا لأن سُكْناهُ بنفسه يخالِفُ إسكانَه الحدَّادَ، ألا ترىٰ أنه لا يَدخلُ ذلك في مطلَقِ العقد، وكذا في أخواتها، والإجارةُ تُعقَدُ للانتفاع، وعنده ترتفعُ الجهالةُ.

ولو احتِيْجَ إلىٰ الإيجابِ بمجرَّد التسليم: يجب أقلُّ الأجرَيْن؛ للتيقُّن به، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي الدابة.

(٢) أي هذا المعنىٰ، وهو أنه يجب الأجر بالتخلية والتسليم، فتبقىٰ الجهالة.

باب
إجارة العبد

ومَن استأجر عبداً ليخدُمَه: فليس له أن يُسافِرَ به، إلا أن يَشترطَ ذلك.

ومَن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً، فعَمِلَ، وأعطاه الأجرَ: فليس للمستأجر أن يأخذَ منه الأجرَ.

باب
إجارة العبد

قال: (ومَن استأجر عبداً ليخدُمَه: فليس له أن يُسافِرَ به، إلا أن يَشترطَ ذلك)؛ لأن خدمةَ السفرِ اشتملتْ علىٰ زيادةِ مشقةٍ، فلا ينتظمُها الإطلاقُ، ولهذا جُعِلَ السفرُ عُذْراً، فلا بدَّ من اشتراطه، كإسكان الحدَّادِ والقَصَّارِ في الدار.

ولأن التفاوتَ بين الخِدْمَتَيْن ظاهرٌ، فإذا تعيَّنتِ الخدمةُ في الحضر: لا يبقىٰ غيرُه[1] داخلاً، كما في الركوب.

قال: (ومَن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً[2]، فعَمِلَ[3]، وأعطاه الأجرَ: فليس للمستأجر أن يأخذَ منه الأجرَ).

---

(١) أي غير الحَضَر.

(٢) يعني بغير إذن مولاه. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٣) لفظ: فعمل: مثبتٌ في نُسخ، وفي الجامع الصغير ص٢١٨، دون نُسخ أخرىٰ.

ومَن غَصَبَ عبداً، فآجَرَ العبدُ نفسَه، فأخذ الغاصبُ الأجرَ، فأكَلَه: فلا ضمانَ عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: هو ضامنٌ.

وإن وَجَدَ المولىٰ الأجرَ قائماً بعَيْنه: أَخَذَه.

وأصلُه: أن الإجارةَ صحيحةٌ؛ استحساناً، إذا فَرَغَ من العمل.

والقياسُ: أن لا يجزئه[1]، لانعدام إِذْنِ المولىٰ، وقيامِ الحَجْر، فصار كما إذا هَلَكَ العبدُ.

وَجْهُ الاستحسان: أن التصرُّفَ نافعٌ: علىٰ اعتبار الفراغِ سالماً، ضارٌّ: علىٰ اعتبار هلاكِ العبد، والنافعُ مأذونٌ فيه، كقبول الهبة، وإذا جاز ذلك: لم يكنْ للمستأجر أن يأخذَه منه[2].

قال: (ومَن غَصَبَ عبداً، فآجَرَ العبدُ نفسَه، فأخذ الغاصبُ الأجرَ، فأكَلَه: فلا ضمانَ عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: هو ضامنٌ)؛ لأنه أكَلَ مالَ المالكِ[3] بغير إذنه، إذِ الإجارةُ قد صحَّت، علىٰ ما مرَّ.

وله: أن الضمانَ إنما يجبُ بإتلاف مال مُحْرَز؛ لأن التقوُّمَ: به[4]، وهذا غيرُ مُحْرَزٍ في حَقِّ الغاصب؛ لأن العبدَ لا يُحرِزُ نفسَه عنه، فكيف يُحرِزُ ما في يده؟!

قال: (وإن وَجَدَ المولىٰ الأجرَ قائماً بعَيْنه: أَخَذَه)؛ لأنه وَجَدَ عَيْنَ مالِه.

---

(١) وفي نُسخ: لا يجوز.

(٢) أي يأخذ الأجر من العبد.

(٣) وفي نُسخ: مال غيره.

(٤) أي بالإحراز.

ويجوز قَبْضُ العبدِ الأجرَ، في قولِهم جميعاً.

ومَن استأجر عبداً هذَيْن الشهرَيْن، شهراً بأربعةٍ، وشهراً بخمسةٍ: فهو جائزٌ، والأولُ منهما بأربعةٍ.

ومَن استأجر عبداً شهراً بدرهمٍ، فقَبَضَه في أول الشهر، ثم جاء آخِرُ الشهرِ وهو آبِقٌ أو مريضٌ، فقال المستأجرُ: أَبَقَ أو مَرِضَ حين أخذتُه، وقال المولىٰ: لم يكن ذلك إلا قبلَ أن تأتيَني بساعةٍ: فالقولُ قولُ المستأجر، وإن جاء به وهو صحيحٌ، أو غيرُ آبقٍ: فالقولُ قولُ المؤجِرِ.

قال: (ويجوز قَبْضُ العبدِ الأجرَ، في قولِهم جميعاً)؛ لأنه مأذونٌ له في التصرُّف علىٰ اعتبار الفراغ، علىٰ ما بيَّنَّا.

قال: (ومَن استأجر عبداً هذَيْن الشهرَيْن، شهراً بأربعةٍ، وشهراً بخمسةٍ: فهو جائزٌ، والأولُ منهما بأربعةٍ)؛ لأن الشهرَ المذكورَ أوَّلاً ينصرفُ إلىٰ ما يلي العقدَ؛ تحرِّياً للجواز، أو نظراً إلىٰ تنجُّزِ الحاجة، فينصرفُ الثاني إلىٰ ما يلي الأولَ ضرورةً.

قال: (ومَن استأجر عبداً شهراً بدرهمٍ، فقَبَضَه في أول الشهر، ثم جاء آخِرُ[1] الشهرِ وهو[2] آبِقٌ أو مريضٌ، فقال المستأجرُ: أَبَقَ أو مَرِضَ حين أخذتُه، وقال المولىٰ: لم يكن ذلك إلا قبلَ أن تأتيَني بساعةٍ: فالقولُ قولُ المستأجر، وإن جاء به وهو صحيحٌ، أو غيرُ آبقٍ: فالقولُ قولُ المؤجِرِ).

---

(١) وفي نُسخ: آخِرَ: بنصب الراء. أي جاء المستأجرُ آخِرَ الشهر.

(٢) أي والحالُ أنه آبقٌ.

. . . .

لأنهما اختلفا في أمرٍ محتَمِلٍ، فيترجَّحُ بحكم الحال، إذ هو دليلٌ علىٰ قيامِهِ من قبلُ، وهو يصلُحُ مرجِّحاً إن لم يصلحْ حُجَّةً في نفسه.

أصلُه[1]: الاختلافُ في جريان ماءِ الطاحونة، وانقطاعِهِ، والله سبحانه أعلم بالصواب.

* * * * *

(١) أي أصل هذا الحكم، أو أصل هذا الاختلاف بين المالك والمستأجر.

باب
الاختلاف في الإجارة

وإذا اختلف الخيَّاطُ وربُّ الثوبِ، فقال صاحبُ الثوب: أَمَرْتُكَ أن تَعمَلَه قَبَاءً، وقال الخيَّاطُ: لا، بل أمرتني قميصاً.

أو قال صاحبُ الثوبِ للصبَّاغ: أَمَرْتُكَ أن تَصبغَه أحمرَ، فصبغتَه أصفرَ، وقال الصبَّاغُ: لا، بل أمرتَني أصفرَ: فالقولُ قولُ صاحبِ الثوب.

وإذا حَلَفَ: فالخياطُ ضامِنٌ.

باب
الاختلاف في الإجارة

قال: (وإذا اختلف الخيَّاطُ وربُّ الثوبِ، فقال صاحبُ الثوب: أَمَرْتُكَ أن تَعمَلَه قَبَاءً، وقال الخيَّاطُ: لا، بل أمرتني قميصاً.

أو قال صاحبُ الثوبِ للصبَّاغ: أَمَرْتُكَ أن تَصبغَه أحمرَ، فصبغتَه أصفرَ، وقال الصبَّاغُ: لا، بل أمرتَني أصفرَ: فالقولُ قولُ صاحبِ الثوب)؛ لأن الإذن يُستفادُ من جهته.

ألا تَرىٰ أنه لو أنكر أصلَ الإذنِ: كان القولُ قولَه، فكذا إذا أنكر صفتَه، لكنْ يُحَلَّفُ؛ لأنه أنكر شيئاً لو أقرَّ به: لَزِمَه.

قال: (وإذا حَلَفَ: فالخياطُ ضامِنٌ)، ومعناه: ما مَرَّ من قبلُ، أنه بالخيار: إن شاء ضَمَّنه قيمةَ الثوب، وإن شاء أَخَذَه، وأعطاه أجرَ مثلِه.

وإن قال صاحبُ الثوبِ: عملتَه لي بغير أجرٍ، وقال الصانعُ: بأجرٍ: فالقولُ قولُ صاحبِ الثوب عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان الرجلُ حَرِيفاً له: فله الأجرُ، وإلا: فلا.

وكذا يُخيَّرُ في مسألة الصَّبْغ إذا حَلَفَ: إن شاء ضَمَّنه قيمةَ الثوب أبيضَ، وإن شاء أَخَذَ الثوبَ، وأعطاه أجرَ مِثله، لا يُجاوَزُ به المسمَّىٰ.

وذُكِرَ في بعض النُّسَخ[1]: يُضمِّنُه ما زاد الصِّبْغُ فيه؛ لأنه بمنزلة الغصب.

قال: (وإن قال صاحبُ الثوبِ: عملتَه لي بغير أجرٍ، وقال الصانعُ: بأجرٍ: فالقولُ قولُ صاحبِ الثوب عند أبي حنيفة رحمه الله)؛ لأنه يُنكِرُ تقوُّمَ عملِه، إذ هو يتقوَّمُ بالعقد، ويُنكِرُ الضمانَ، والصانعُ يدَّعيه، والقولُ قولُ المنكِر، مع اليمين.

(وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان الرجلُ حَرِيفاً له)، أي خليطاً له[2]: (فله الأجرُ، وإلا: فلا)؛ لأن سَبْقَ ما بينهما يُعيِّنُ جهةَ الطلب بأجرٍ؛ جرياً علىٰ معتادهما.

---

(١) أي نُسخ مختصر القدوري. البناية ١٣/١٣٨.

(٢) حَرِيْفُ الرجل: مَن يكون بينه وبين الرجل أخذٌ وإعطاءٌ ومعاملةٌ. البناية ١٣/١٣٩.

وقال محمدٌ رحمه الله : إن كان الصانعُ معروفاً بهذه الصنعةِ بالأجر : فالقولُ قولُه.

(وقال محمدٌ رحمه الله: إن كان الصانعُ معروفاً بهذه الصنعةِ بالأجر: فالقولُ قولُه)؛ لأنه لَمَّا فَتَحَ الحانوتَ لأجله[1]: جرىٰ ذلك مَجْرىٰ التنصيص علىٰ الأجر؛ اعتباراً للظاهر.

والقياسُ: ما قاله أبو حنيفة رحمه الله؛ لأنه منكِرٌ.

والجوابُ عن استحسانهما: أن الظاهرَ يُصلحُ للدفع[2]، والحاجةُ ها هنا إلىٰ الاستحقاق، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي لأجل الأجر.

(٢) أي عن نفسه.

باب
فَسْخ الإجارة

ومَن استأجر داراً، فوَجَدَ بها عيباً يُضِرُّ بالسكنىٰ : فله الفسخُ.

وإذا خَرِبَتِ الدارُ، أو انقطع شِرْبُ الضَّيْعةِ، أو انقطع الماءُ عن الرَّحَىٰ : انفسختِ الإجارةُ.

باب
فَسْخ الإجارة

قال: (ومَن استأجر داراً، فوَجَدَ بها عيباً يُضِرُّ بالسكنىٰ: فله الفسخُ)؛ لأن المعقودَ عليه المنافعُ، وإنها توجد شيئاً فشيئاً، فكان هذا عيباً حادثاً قبلَ القبضِ، فيوجِبُ الخيارَ، كما في البيع.

ثم المستأجرُ إذا استوفىٰ المنفعةَ: فقد رضيَ بالعيب، فيلزمُه تسليمُ جميعِ البدلِ، كما في البيع، وإن فَعَلَ المؤجِرُ ما أزال به العيبَ: فلا خيارَ للمستأجر، لزوال سببه.

قال: (وإذا خَرِبَتِ الدارُ، أو انقطع شِرْبُ الضَّيْعةِ، أو انقطع الماءُ عن الرَّحَىٰ: انفسختِ الإجارةُ)؛ لأن المعقودَ عليه قد فات، وهو المنافعُ المخصوصةُ قبلَ القبض، فشابه فَوْتَ المبيعِ قبلَ القبض، وموتَ العبدِ المستأجَر.

وإذا مات أحدُ المتعاقدَيْن وقد عَقَدَ الإجارةَ لنفسه : انفسخت الإجارةُ.
وإن كان عَقَدَها لغيره : لم تنفسِخْ.

ومِن أصحابنا مَن قال: إن العقدَ لا ينفسخُ؛ لأن المنافعَ قد فاتت علىٰ وجهٍ يُتصوَّر عودُها، فأشبه الإباقَ في العبد المَبيعِ قبلَ القبض.

وعن محمدٍ رحمه الله: أن الآجِر[1] لو بناها: ليس للمستأجر أن يَمتنعَ، ولا للآجِرِ أن يمتنع[2] أيضاً.

وهذا تنصيصٌ منه علىٰ أنه لم يَنفسِخ؛ ولكنه يُفسَخ[3].

ولو انقطع ماءُ الرَّحَىٰ، والبيتُ مما يُنتفَعُ به لغير الطَّحْن: فعليه من الأجر بحصته؛ لأنه جزءٌ من المعقودِ عليه.

قال: (وإذا مات أحدُ المتعاقدَيْن وقد عَقَدَ الإجارةَ لنفسه: انفسخت الإجارةُ)؛ لأنه لو بقيَ العقدُ: تصيرُ المنفعةُ المملوكةُ له، أو الأجرةُ المملوكةُ لغير العاقدِ مستَحَقَّةً بالعقد؛ لأنه يَنتقلُ بالموت إلىٰ الوارث، وذلك لا يجوز.

(وإن كان عَقَدَها لغيره: لم تنفسِخْ)، مثلُ الوكيلِ والوصيِّ والمتولِّي في الوقف؛ لانعدامِ ما أشرنا إليه من المعنىٰ.

---

(١) وفي نُسخ: المؤاجر.

(٢) أي من التسليم.

(٣) أي أن عقد الإجارة لم ينفسخ، لكن يستحقُّ الفسخَ. البناية ١٣/١٤٣.

ويصحُّ شَرْطُ الخيارِ في الإجارة .

وتُفسَخُ الإجارةُ بالأعذار .

قال: (ويصحُّ شَرْطُ الخيارِ في الإجارة).

وقال الشافعي[(١)] رحمه الله: لا يصح؛ لأن المستأجِرَ لا يُمكنُه ردُّ المعقودِ عليه بكمالِه لو كان الخيارُ له؛ لفَوَات بعضِه.

ولو كان للمؤجِر: فلا يُمكِنُه التسليمُ أيضاً علىٰ الكمال، وكلُّ ذلك يمنعُ الخيارَ.

ولنا: أنه عقدُ معاملةٍ لا يُستَحَقُّ القبضُ فيه في المجلس، فجاز اشتراطُ الخيارِ فيه، كالبيع، والجامعُ بينهما: دَفْعُ الحاجة.

وفواتُ بعضِ المعقودِ عليه في الإجارة: لا يمنعُ الردَّ بخيار العيب، فكذا بخيار الشرط، بخلاف البيع، وهذا لأن ردَّ الكلِّ ممكنٌ في البيع، دون الإجارة، فيُشترطُ فيه، دونَها، ولهذا يُجبَرُ المستأجِرُ علىٰ القبض إذا سلَّم المؤجِرُ بعدَ مُضِيِّ بعضِ المدة.

قال: (وتُفسَخُ الإجارةُ بالأعذار) عندنا.

وقال الشافعيُّ[(٢)] رحمه الله: لا تُفسَخُ إلا بالعيب؛ لأن المنافعَ عنده بمنزلة الأعيان، حتىٰ يجوزُ العقدُ عليها، فأشبه البيعَ.

---

(١) الحاوي الكبير ١٨/١٥٦.

(٢) الحاوي الكبير ٧/٣٩٣.

كمَن استأجر حدَّاداً ليقلَعَ ضِرْسَه لوَجَعٍ به، فسَكَنَ الوَجَعُ، أو استأجر طبَّاخاً ليَطبُخَ له طعامَ الوليمة، فاختَلَعَتْ منه: تَنفَسِخُ الإجارةُ.

وكذا مَن استأجر دُكَّاناً في السوق ليتَّجرَ فيه، فذهب مالُه.

وكذا مَن آجَرَ دكاناً، أو داراً، ثم أفلس، فلزمَتْه ديونٌ لا يَقدِرُ علىٰ قضائها إلا بثمنِ ما آجَرَ: فَسَخَ القاضي العقدَ، وباعها في الدَّيْن.

ولنا: أن المنافعَ غيرُ مقبوضةٍ، وهي المعقودُ عليها، فصار العُذْرُ في الإجارة: كالعيب قبلَ القبض في البيع، فتُفسَخُ به، إذِ المعنىٰ يجمَعُهما، وهو عَجْزُ العاقدِ عن المُضِيِّ في موجَبِه إلا بتحمُّل ضررٍ زائدٍ لم يُستَحَقَّ به، وهذا هو معنىٰ العُذْرِ عندنا.

وهو (كمَن استأجر حدَّاداً[1] ليقلَعَ ضِرْسَه لوَجَعٍ به، فسكَنَ الوَجَعُ، أو استأجر طبَّاخاً ليَطبُخَ له طعامَ الوليمة، فاختَلَعَتْ[2] منه: تَنفَسِخُ الإجارةُ)؛ لأن في المُضِيِّ عليه[3] إلزامَ ضررٍ زائدٍ لم يُستَحَقَّ بالعقد.

قال: (وكذا مَن استأجر دُكَّاناً في السوق ليتَّجرَ فيه، فذهب مالُه.

وكذا مَن آجَرَ دكاناً، أو داراً، ثم أفلس، فلزمَتْه ديونٌ لا يَقدِرُ علىٰ قضائها إلا بثمنِ ما آجَرَ: فَسَخَ القاضي العقدَ، وباعها في الدَّيْن)؛ لأن في

---

(١) وفي نُسخ: أحداً. قال في البناية ١٣/١٤٩: الحدَّاد: هو قَلَّاع السِّنِّ، ويسمىٰ عند أهل مصر: المزيِّن.

(٢) أي اختلعت المرأةُ من الزوج والوليمةُ كانت بسبب النكاح وقد ارتفع.

(٣) وفي نُسخ: عليها.

و في «الجامع الصغير» : وكلُّ ما ذكرنا أنه عُذْرٌ : فإنَّ الإجارةَ فيه تنتقضُ.

ومَن استأجر دابةً ليسافرَ عليها، ثم بدا له من السفر : فهو عُذْرٌ.

الجَرْيِ علىٰ موجَبِ العقد: إلزامَ ضررٍ زائدٍ لم يُستَحَقَّ بالعقد، وهو الحَبْسُ؛ لأنه قد لا يُصدَّقُ علىٰ عدم مالٍ آخَر.

ثم قولُه: فَسَخَ القاضي العقدَ: إشارةٌ إلىٰ أنه يَفتقِرُ إلىٰ قضاءِ القاضي في النَّقْض.

وهكذا ذَكَرَ في «الزيادات» في عُذْرِ الدَّيْن.

(و) قال (في «الجامع الصغير[1]»: وكلُّ ما ذكرنا أنه عُذْرٌ: فإنَّ الإجارةَ فيه تنتقضُ)، وهذا يدلُّ علىٰ أنه لا يُحتاجُ فيه إلىٰ قضاء القاضي.

ووجهُه: أنَّ هذا بمنزلة العيبِ قبلَ القبضِ في المبيع، علىٰ ما مَرَّ، فينفردُ العاقدُ بالفسخ.

وقيل: ينتقضُ بنفسه، وليس بصحيحٍ[2].

ووجهُ الأول: أنه فَصْلٌ مجتَهَدٌ فيه، فلا بدَّ من إلزام القاضي.

ومنهم مَن وَفَّق، فقال: إذا كان العذرُ ظاهراً: لا يَحتاجُ إلىٰ القضاء؛ لظهور العذر، وإن كان غيرَ ظاهرٍ، كالدَّين: يَحتاجُ إلىٰ القضاء؛ لظهور العذر.

قال: (ومَن استأجر دابةً ليسافرَ عليها، ثم بدا له من السفر: فهو عُذْرٌ)؛

---

(١) ص٢١٥.

(٢) قوله: وقيل: ينتقض بنفسه، وليس بصحيح: مثبتٌ في نُسخ، دون أخرىٰ.

وإن بدا للمُكاري: فليس ذلك بعُذْرٍ.

ومَن آجَرَ عبداً، ثم باعه: فليس بعُذْرٍ.

وإذا استأجر الخياطُ غلاماً، فأفلَسَ، وتَرَكَ العملَ: فهو عُذْرٌ.

لأنه لو مضىٰ علىٰ موجَبِ العقدِ: يلزمُه ضررٌ زائدٌ؛ لأنه ربما يذهبُ للحج: فذَهَبَ وقتُه، أو لطلب غريمِه: فحَضَرَ، أو للتجارة: فافتَقَرَ.

(وإن بدا للمُكاري: فليس ذلك بعُذْرٍ)؛ لأنه يُمكِنُه أن يَقعدَ، ويبعثَ الدوابَّ علىٰ يدِ تلميذِه، أو أجيره.

ولو مَرِضَ المؤاجِرُ، فقَعَدَ: فكذا الجوابُ علىٰ رواية «الأصل».

وروىٰ الكَرخِيُّ عن أبي حنيفة رحمهما الله: أنه عُذْرٌ؛ لأنه لا يَعرَىٰ عن ضررٍ زائدٍ، فيُدفَعُ عنه عند الضرورة، دون الاختيار.

قال: (ومَن آجَرَ عبداً[1]، ثم باعه: فليس بعُذْرٍ)؛ لأنه لا يلزمُه الضررُ بالمُضِيِّ علىٰ موجَبِ العقد، وإنما يفوتُه الاسترباحُ، وأنه أمرٌ زائدٌ.

قال: (وإذا استأجر الخياطُ غلاماً، فأفلَسَ، وتَرَكَ العملَ: فهو عُذْرٌ)؛ لأنه يلزمه الضررُ بالمُضِيِّ علىٰ موجَبِ العقد؛ لفوات مقصودِه، وهو رأسُ مالِه.

وتأويلُ المسألةِ: خياطٌ يعملُ لنفسه، أما الذي يَخيطُ بأجرٍ: فرأسُ مالِه الخيطُ والمِخْيَطُ[2] والمِقراضُ[3]، فلا يتحقَّقُ الإفلاسُ فيه.

---

(١) وفي نُسخ: عبدَه.

(٢) بكسر الميم: اسم للآلة التي تُخاط بها الثياب. البناية ١٣/ ١٥٤.

(٣) اسم للآلة التي تُقطع بها الثياب، أي المِقَصُّ.

وإن أراد تَرْكَ الخياطةِ، وأن يَعملَ في الصَّرْف : فليس بعُذْرٍ.

ومن استأجر غلاماً ليخدُمَه في المصر، ثم سافر : فهو عُذرٌ.

قال: (وإن أراد تَرْكَ الخياطةِ، وأن يَعملَ في الصَّرْف: فليس بعُذْرٍ)؛ لأنه يُمكِنُه أن يُقعِدَ الغلامَ للخياطة في ناحيةٍ، وهو يعملُ في الصرف في ناحية.

وهذا بخلاف ما إذا استأجر دكاناً للخياطة، فأراد أن يتركَها ويشتغلَ بعملٍ آخَرَ، حيث جَعَلَه عُذْراً، ذَكَرَه في «الأصل[1]»؛ لأن الواحدَ لا يُمكِنُه الجمعُ بين العمَلَيْن، أما ها هنا: العاملُ شخصان، فأمكنهما.

قال: (ومن استأجر غلاماً ليخدُمَه في المصر، ثم سافر: فهو عُذرٌ)؛ لأنه لا يَعرَىٰ عن إلزامِ ضررٍ زائدٍ؛ لأن خدمةَ السفر أشقُّ، وفي المنع من السفر: ضررٌ، وكلُّ ذلك لم يُستَحَقَّ بالعقد، فيكون عذراً.

وكذا إذا أَطلق؛ لِمَا مَرَّ أنه يتقيَّد بالحضر.

بخلاف ما إذا آجَرَ عقاراً، ثم سافر؛ لأنه لا ضررَ فيه؛ إذِ المستأجرُ يمكنُه استيفاءُ المنفعة من المعقودِ عليه بعد غَيْبته، حتىٰ لو أراد المستأجرُ السفرَ: فهو عذرٌ؛ لِمَا فيه من المنع من السفر، أو إلزامِ الأجرِ بدون السكنىٰ، وذلك ضررٌ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي ذكره الإمام محمد رحمه الله في الأصل ٣/٥٥٣.

مسائلُ مَنْثورةٌ

ومَن استأجر أرضاً، أو استعارها، فأَحْرَقَ الحصائدَ، فاحترق شيءٌ من أرضٍ أخرىٰ لغيره: فلا ضمانَ عليه.

وإذا أقعد الخياطُ أو الصبَّاغُ في حانوته مَن يَطرَحُ عليه العملَ بالنصف: فهو جائزٌ.

مسائلُ مَنْثورةٌ

قال: (ومَن استأجر أرضاً، أو استعارها، فأَحْرَقَ الحصائدَ، فاحترق شيءٌ من[1] أرضٍ أخرىٰ لغيره[2]: فلا ضمانَ عليه)؛ لأنه غيرُ متعدٍّ في هذا التسبيب، فأشبه حافِرَ البئر في دارِ نفسه.

وقيل: هذا إذا كانت الرياحُ هادئةً[3]، ثم تغيَّرت، أما إذا كانت مضطربةً: يَضمنُ؛ لأن مُوقِدَ النارِ يَعلمُ أنها لا تستقرُّ في أرضه.

قال: (وإذا أقعد الخياطُ أو الصبَّاغُ في حانوته مَن يَطرَحُ عليه العملَ بالنصف: فهو جائزٌ)؛ لأن هذه شركةُ الوُجوه في الحقيقة، فهذا بوَجاهته يَقبَلُ العملَ، وهذا بحَذاقته يعملُ، فتنتظمُ بذلك[4] المصلحةُ، فلا تَضُرُّه الجهالةُ فيما يحصل.

---

(١) وفي نُسخ: في.

(٢) وفي نُسخ: لقوم آخرين.

(٣) وفي نُسخ: ساكنة.

(٤) وفي نُسخ: بهما. بدل: بذلك.

ومَن استأجر جَمَلاً ليحمِلَ عليه مَحْمِلاً وراكبَيْن إلىٰ مكة : جاز، وله المَحْمِلُ المعتادُ.

وإن شاهَدَ الجَمَّالُ المَحْمِلَ : فهو أجودُ.

قال: (ومَن استأجر جَمَلاً ليحمِلَ عليه مَحْمِلاً[1] وراكبَيْن إلىٰ مكة: جاز، وله المَحْمِلُ المعتادُ).

وفي القياس: لا يجوز؛ وهو قولُ الشافعيِّ[2] رحمه الله؛ للجهالة، وقد يُفضِي ذلك إلىٰ المنازعة.

وجهُ الاستحسان: أن المقصودَ هو الراكبُ، وهو معلومٌ، والمَحْمِلُ تابعٌ له، وما فيه من الجهالةِ يرتفعُ بالصرف إلىٰ المتعارَف، فلا يُفضِي ذلك إلىٰ المنازعة.

وكذا إذا لم يَرَ الوِطَاءَ، والدُّثُرَ[3].

قال: (وإن شاهَدَ الجَمَّالُ المَحْمِلَ: فهو أجودُ[4])؛ لأنه أنفىٰ للجهالة، وأقربُ إلىٰ تحقُّقِ الرضا.

---

(١) أي الهَوْدج، ويقعد فيه من كل طرف شخص.

(٢) الأم ٣٦/٤.

(٣) الوِطاء: هو الفراش، والدُّثُر: جمع: دِثار: وهو ما يُلقىٰ عليك من كساء. البناية ١٥٩/١٣.

(٤) وفي نُسخ: أجوز.

وإن استأجر بعيراً ليحمِلَ عليه مقداراً من الزاد، فأَكَلَ منه في الطريق: جاز له أن يَرُدَّ عِوَضَ ما أَكَلَ.

قال: (وإن استأجر بعيراً ليحمِلَ عليه مقداراً من الزاد، فأَكَلَ منه في الطريق: جاز له أن يَرُدَّ[1] عِوَضَ ما أَكَلَ)؛ لأنه استَحَقَّ عليه حِمْلاً مسمًّى في جميع الطريق، فله أن يَستوفيَه.

وكذا غيرُ الزادِ من المَكيل والموزون.

ورَدُّ الزادِ: معتادٌ عند البعض[2]، كرَدِّ الماء، فلا مانعَ من العمل بالإطلاق، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) وفي نُسخ: يزيد.

(٢) وفي نُسخ: عند النقص، وهذا جوابٌ عن سؤال مقدَّر، تقديره أن يقال: مطلَقُ العقد محمولٌ علىٰ العادة، وفي عادة المسافرين أنهم يأكلون من الزاد، ولا يردُّون شيئاً مكان ما أكلوا، فأجاب بقوله: وردُّ الزاد معتادٌ عند بعض الناس، كرد الماء، فيكون العُرف مشتركاً، فلا يصلح مقيداً. البناية ١٣/ ١٦٠.

كتاب المكاتَب

وإذا كاتَبَ المولىٰ عبدَه، أو أمتَه علىٰ مالٍ شَرَطَه عليه، وقَبِلَ العبدُ ذلك : صار مكاتَباً.

كتاب المكاتَب

قال: (وإذا كاتَبَ المولىٰ عبدَه، أو أمتَه علىٰ مالٍ شَرَطَه عليه، وقَبِلَ العبدُ ذلك: صار مكاتَباً).

أما الجواز: فلقوله تعالىٰ: ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾. النور/٣٣.

وهذا ليس أمرَ إيجابٍ، بإجماعٍ بين الفقهاء[١]، وإنما هو أمرُ نَدْبٍ، هو الصحيح.

وفي الحَمْلِ علىٰ الإباحة: إلغاءُ الشرط، إذ هو مباحٌ بدونه، أما النَّدْبيَّةُ: معلَّقةٌ به[٢].

والمرادُ بالخير المذكور علىٰ ما قيل: أنْ لا يُضِرَّ بالمسلمين بعد العتق، فإن كان يُضِرُّ بهم: فالأفضلُ أن لا يُكاتِبَه وإن كان يصحُّ لو فَعَلَه.

وأما اشتراطُ قَبولِ العبد: فلأنه مالٌ يلزمُه له، فلا بدَّ من التزامه[٣].

---

(١) ينظر مختصر اختلاف العلماء للجصاص ٤/٤١٢.

(٢) أي بالشرط، وهو العلم بالخيرية.

(٣) وفي نُسخ: قبوله.

. . . .

ولا يَعتِقُ إلا بأداء كلِّ البدل؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «أيُّما عبدٍ كُوتِبَ علىٰ مائة دينارٍ، فأدَّاها إلا عشرةَ دنانيرَ: فهو عبدٌ»[١].

وقال عليه الصلاة والسلام: «المكاتَبُ عبدٌ ما بقِيَ عليه درهمٌ[٢]»[٣].

وفيه[٤] اختلافُ الصحابة رضي الله عنهم[٥].

وما اخترناه: قولُ زيدِ بن ثابتٍ رضي الله عنه.

ويَعتِقُ بأدائه وإن لم يَقُلِ المولىٰ: إذا أدَّيتَها فأنتَ حرٌّ؛ لأن موجَبَ العقدِ: يَثبتُ من غير التصريح به، كما في البيع.

---

(١) سنن أبي داود (٣٩٢٧)، سنن الترمذي (١٢٦٠)، وقال: حسن غريب، والعمل عليه، المستدرك للحاكم (٢٨٦٣)، التعريف والإخبار ٣/١٣٢، الدراية ٢/١٩١.

(٢) وقد اشتهرت عبارةٌ عند فقهاء الحنفية في هذا المعنىٰ: المكاتَبُ طار من ذُلِّ ـ أو من قيد ـ العبودية، ولم يَنزل في ساحة الحرية. ينظر تبيين الحقائق ٥/١٤٩، الجوهرة النيرة ٥/١٥٤ (بتحقيقي).

(٣) سنن أبي داود (٣٩٢٦)، وقواه في التعريف والإخبار ٣/١٣٣.

(٤) أي في وقت عِتْق المكاتب خلافٌ بين الصحابة رضي الله عنهم: فعند ابن عباس رضي الله عنهما: يَعتق كما أخذ الصحيفة من مولاه، أي بنفس العقد، وعند ابن مسعود رضي الله عنه: يعتق إذا أدىٰ قيمةَ نفسه، وعند زيد بن ثابتٍ رضي الله عنه: لا يعتق ولو بقي عليه درهمٌ. البناية ١٣/١٦٥.

(٥) ينظر الدراية ٢/١٩١.

ويجوزُ أن يَشترِطَ المالَ حالاًّ، ويجوزُ مؤجَّلاً، ومنجَّماً.

ولا يجبُ حَطُّ شيءٍ من البدل؛ اعتباراً بالبيع.

قال: (ويجوزُ أن يَشترِطَ المالَ حالاًّ، ويجوزُ مؤجَّلاً، ومنجَّماً).

وقال الشافعي[1] رحمه الله: لا يجوز حالاًّ، ولا بدَّ من نجمَيْن؛ لأنه عاجزٌ عن التسليم في زمانٍ قليلٍ؛ لعدم الأهلية قبلَه؛ للرِّقِّ.

بخلاف السَّلَم، علىٰ أصله؛ لأنه أهلٌ للملك، فكان احتمالُ القدرة ثابتاً، وقد دلَّ الإقدامُ علىٰ العقد: عليها[2]، فتثبتُ[3].

ولنا: ظاهرُ ما تلَوْنا، من غير شرطِ التنجيم.

ولأنه عقدُ معاوضةٍ، والبدلُ معقودٌ به، فأشبه الثمنَ في البيع في عدم اشتراطِ القدرةِ عليه.

بخلاف السَّلَم، علىٰ أصلنا؛ لأن المسلَمَ فيه معقودٌ عليه، فلا بدَّ من القدرةِ عليه.

ولأن مَبنىٰ الكتابة علىٰ المساهَلَة، فيُمْهِلُه المولىٰ ظاهراً، بخلاف السلم؛ لأن مبناه علىٰ المضايقة.

وفي الحالِّ: كما امتنع من الأداء: يُرَدُّ في الرق.

---

(١) مغني المحتاج ٥١٨/٤.

(٢) أي علىٰ القدرة.

(٣) أي القدرة.

وتجوزُ كتابةُ العبدِ الصغيرِ إذا كان يَعقِلُ البيعَ والشراءَ.

ومَن قال لعبدِه: جَعلتُ عليكَ ألفاً تؤدِّيها إليَّ نُجوماً، أولُ النجمِ كذا، وآخِرُه كذا، فإذا أدَّيتَها فأنتَ حُرٌّ، وإن عَجَّزْتَ فأنتَ رقيقٌ: فإنَّ هذه مكاتَبَةٌ جائزةٌ.

قال: (وتجوزُ كتابةُ العبدِ الصغيرِ إذا كان يَعقِلُ البيعَ والشراءَ)؛ لتحقُّقِ الإيجابِ والقبول، إذِ العاقلُ: من أهل القبول، والتصرفُ نافعٌ في حَقِّه.

والشافعيُّ[1] رحمه الله يخالِفُنا فيه، وهو بناءٌ علىٰ مسألة: إذْن الصبيِّ في التجارة.

وهذا بخلاف ما إذا كان لا يعقلُ البيعَ والشراءَ؛ لأن القبولَ لا يتحقَّقُ منه، فلا ينعقدُ العقدُ، حتىٰ لو أدىٰ عنه غيرُه: لا يَعتِقُ، ويَستردُّ ما دَفَعَ.

قال: (ومَن قال لعبدِه: جَعلتُ عليكَ ألفاً تؤدِّيها إليَّ نُجوماً، أولُ النجمِ كذا، وآخِرُه كذا، فإذا أدَّيتَها فأنتَ حُرٌّ، وإن عَجَّزْتَ فأنتَ رقيقٌ: فإنَّ هذه مكاتَبَةٌ جائزةٌ)؛ لأنه أتىٰ بتفسير الكتابة.

ولو قال: إذا أدَّيتَ إليَّ ألفاً، كلَّ شهرٍ مائةً فأنت حرٌّ: فهذه مكاتَبَةٌ في رواية أبي سليمان[2] رحمه الله؛ لأن التنجيمَ يدلُّ علىٰ الوجوب، وذلك بالكتابة.

---

(١) مغني المحتاج ٤/٥١٧.

(٢) هو موسىٰ بن سليمان الجوزجاني، صاحب الإمام محمد بن الحسن، توفي بعد المائتين. البناية ١٣/١٧٦، وله ترجمة في تاج التراجم ص٢٩٨.

وإذا صحَّتِ الكتابةُ : خَرَجَ المكاتَبُ عن يدِ المولىٰ، ولم يَخرجْ من ملكِه.

وفي نُسَخِ[١] أبي حفص[٢] رحمه الله: لا تكون مكاتبةً؛ اعتباراً بالتعليق بالأداء مرةً.

قال: (وإذا صحَّتِ الكتابةُ: خَرَجَ المكاتَبُ عن يدِ المولىٰ، ولم يَخرجْ من ملكِه).

أما الخروجُ من يده: فلتَحَقُّقِ معنىٰ الكتابة، وهو الضمُّ، فتُضَمُّ مالكيةُ يده إلىٰ مالكية نفسِه.

أو لتحقُّقِ مقصودِ الكتابة، وهو أداءُ البدل، فيملِكُ البيعَ والشراءَ والخروجَ إلىٰ السفر وإن نهاه المولىٰ.

وأما عدمُ الخروج من ملكه: فلِمَا روينا.

ولأنه عقدُ معاوضةٍ، ومَبناه علىٰ المساواة، وينعدمُ ذلك بتنجُّز العتقِ، ويتحقق بتأخُّره؛ لأنه يثبتُ له[٣] نوعُ مالكيةٍ، ويثبتُ له[٤] في الذمة حَقٌّ من وجهٍ.

---

(١) أي في رواية أبي حفص. البناية ١٧٦/١٣.

(٢) هو الإمام الشهير أبو حفص الكبير أحمد بن حفص، من أصحاب الإمام محمد بن الحسن، توفي سنة ٢٦٤هـ. البناية ١٧٦/١٣، تاج التراجم ص٩٤.

(٣) أي للعبد.

(٤) أي للمولىٰ.

وإذا وَطِئَ المولىٰ مكاتَبَته : لَزِمَه العُقْرُ.

وإن جنىٰ عليها، أو علىٰ ولدِها : لزمَتْه الجنايةُ، وإن أتلف مالاً لها : غَرِمَ.

فإن أعتقه: عَتَقَ بعِتقِه؛ لأنه مالِكٌ لرقبته.

وسَقَطَ عنه بدلُ الكتابة؛ لأنه ما التزمه إلا مقابَلاً بحصول العتقِ به[1]، وقد حصل بدونه.

قال: (وإذا وَطِئَ المولىٰ مكاتَبَته: لَزِمَه العُقْرُ[2]).

لأنها صارتْ أخصَّ بأجزائها؛ توسُّلاً إلىٰ المقصود بالكتابة، وهو الوصولُ إلىٰ البدلِ من جانبه، وإلىٰ الحريةِ من جانبها بناءً عليه، ومنافعُ البُضْعِ ملحَقةٌ بالأجزاء والأعيان.

قال: (وإن جنىٰ عليها، أو علىٰ ولدِها: لزمَتْه الجنايةُ)؛ لِمَا بيَّنَّا.

قال: (وإن أتلف مالاً لها: غَرِمَ)؛ لأن المولىٰ كالأجنبيِّ في حَقِّ أكسابها ونفسِها، إذ لو لم يُجعَلْ كذلك: لأتلفه المولىٰ، فيَمتنعُ حصولُ الغرضِ المبتغَىٰ بالعقد[3]، والله تعالىٰ أعلمُ بالصواب.

* * * * *

---

(١) وفي نُسخ: له.

(٢) أي مهر المثل. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٣) وهو العتق.

فصلٌ

في الكتابة الفاسدة

وإذا كاتَبَ المسلمُ عبدَه علىٰ خمرٍ أو خنزيرٍ، أو علىٰ قيمة نفسِه: فالكتابةُ فاسدةٌ.

فصلٌ[1]

في الكتابة[2] الفاسدة

قال: (وإذا كاتَبَ المسلمُ عبدَه علىٰ خمرٍ أو خنزيرٍ، أو علىٰ قيمة نفسِه: فالكتابةُ فاسدةٌ).

أما الأولُ: فلأنَّ الخمرَ والخنزيرَ لا يستَحِقُّه المسلمُ؛ لأنه ليس بمالٍ في حَقِّه، فلا يصلحُ بدلاً، فيفسُدُ العقدُ.

وأما الثاني[3]: فلأن القيمةَ مجهولةٌ قدراً وجنساً ووَصْفاً، فتفاحشتِ الجهالةُ، وصار كما إذا كاتَبَ علىٰ ثوبٍ، أو دابةٍ، أو دار.

ولأنه تنصيصٌ علىٰ ما هو موجَبُ العقدِ الفاسد؛ لأنه موجِبٌ للقيمة.

---

(١) وفي نُسخ: باب.

(٢) وفي نُسخ: المكاتبة.

(٣) أي إذا كاتب علىٰ قيمة نفسه.

فإن أدَّىٰ الخمرَ: عَتَقَ.

قال: (فإن أدَّىٰ الخمرَ: عَتَقَ).

وقال زفر رحمه الله: لا يَعتِقُ إلا بأداء قيمةِ الخمر[١]؛ لأن البدلَ هو القيمةُ.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يَعتِقُ بأداء الخمر؛ لأنه بدلٌ صورةً، ويَعتِقُ بأداء القيمةِ أيضاً؛ لأنه هو البدلُ معنىً.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه إنما يَعتِقُ بأداء عَيْنِ الخمر إذا قال: إن أدَّيتَها فأنتَ حُرٌّ؛ لأنه حينئذٍ يكون العتقُ معلَّقاً بالشرط، لا بعقد الكتابة[٢]، وصار كما إذا كاتَبَ علىٰ ميتةٍ أو دمٍ.

ولا فصلَ في ظاهر الرواية.

ووجهُ الفرق بينهما وبين الميتة: أن الخمرَ والخنزيرَ مالٌ في الجملة، فأَمكَنَ اعتبارُ معنىٰ العقدِ فيه، وموجَبُه: العتقُ عند أداء العوضِ المشروط.

أما الميتةُ: فليست بمالٍ أصلاً، فلا يُمكِنُ اعتبارُ معنىٰ العقدِ فيه، فاعتُبِرَ فيه[٣] معنىٰ الشرط، وذلك بالتنصيص عليه.

---

(١) وفي نُسخ: قيمة نفسه، وفي أخرىٰ: بأداء القيمة. وأشار في البناية ١٣/ ١٨٠ إلىٰ اختلاف النُّسخ، وأطال في ذلك.

(٢) قوله: لا بعقد الكتابة: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٣) أي في عقد الكتابة علىٰ الميتة والدم.

وإذا عَتَقَ بأداء عَيْنِ الخمر : لَزِمَه أن يسعىٰ في قيمته .

ولا يُنقَصُ عن المسمَّىٰ، ويُزادُ عليه .

قال: (وإذا عَتَقَ بأداء عَيْنِ الخمر: لَزِمَه أن يسعىٰ في قيمته)؛ لأنه وَجَبَ عليه رَدُّ رقبتِه؛ لفساد العقد، وقد تعذَّر الردُّ بالعتق، فيجبُ رَدُّ قيمتِه، كما في البيع الفاسدِ إذا تَلِفَ المبيع.

قال: (ولا يُنقَصُ عن المسمَّىٰ، ويُزادُ عليه)؛ لأنه عقدٌ فاسدٌ، فتجبُ القيمةُ عند هلاكِ المبدَل، بالغةً ما بَلَغَت، كما في البيع الفاسد.

وهذا لأن المولىٰ ما رضِيَ بالنقصان، والعبدُ رضِيَ بالزيادة؛ كي لا يَبطلَ حَقُّه في العتق أصلاً، فتجبُ قيمتُه، بالغةً ما بلغت.

وفيما إذا كاتَبَه علىٰ قيمته: يَعتِقُ بأداء القيمة؛ لأنه هو البدل، وأمكن اعتبارُ معنىٰ العقدِ فيه.

وأَثَرُ الجهالة[1]: في الفساد.

بخلاف ما إذا كاتَبَه علىٰ ثوبٍ، حيث لا يَعتِقُ بأداء ثوبٍ؛ لأنه لا يوقَفُ فيه علىٰ مرادِ العاقد؛ لاختلاف أجناسِه، فلا يثبتُ العتقُ بدون إرادته.

---

(١) هذا جوابٌ عما يقال: القيمةُ مجهولةٌ، فكان الواجب أن يقيد البطلان، ولا يعتق بأداء القيمة، فقال: وأثرُ الجهالة، أي جهالة القيمة في فساد العقد، لا في بطلانه. البناية ١٣/١٨٤.

وكذلك إن كاتَبَه علىٰ شيءٍ بعَيْنه لغيره : لم يجز .

قال: (وكذلك إن كاتَبَه علىٰ شيءٍ بعَيْنه لغيره: لم يجز)؛ لأنه لا يقدِرُ علىٰ تسليمه.

ومرادُه: شيءٌ يتعيَّنُ بالتعيين، حتىٰ لو قال: كاتبتُكَ علىٰ هذه الألفِ من الدراهم، وهي لغيره: جاز؛ لأنها لا تتعيَّنُ في المعاوضات، فيتعلَّقُ بدراهمَ دَيْنٍ في الذمة، فيجوز.

وعن أبي حنيفة في رواية الحسنِ رحمهما الله: أنه يجوز، حتىٰ إذا مَلَكَه وسَلَّمه: يَعتِقُ، وإن عَجَزَ: يُرَدُّ في الرِّقِّ؛ لأن المسمَّىٰ مالٌ، والقدرةُ علىٰ التسليم موهومةٌ، فأشبه الصداقَ.

قلنا: العينُ في المعاوضات معقودٌ عليها، والقدرةُ علىٰ المعقودِ عليه شرطُ الصحة إذا كان العقدُ يحتملُ الفسخَ، كما في البيع.

بخلاف الصداقِ في النكاح؛ لأن القدرةَ علىٰ ما هو المقصودُ بالنكاح ليس بشرطٍ، فعلىٰ ما هو تابعٌ فيه أَوْلىٰ.

ووجهٌ آخَرُ: أن المقصودَ من الكتابة: أن يَملِكَ المكاتبُ مَكاسِبَه ونفسَه، فيصيرُ حراً يداً، وذلك ضرورةَ حاجته إلىٰ أداء البدل.

فلو أجاز صاحبُ العينِ ذلك: فعن محمدٍ رحمه الله: أنه يجوز؛ لأنه يجوزُ البيعُ عند الإجازة، فالكتابةُ أَوْلىٰ.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا يجوزُ؛ اعتباراً بحال عدم الإجازة،

. . . .

علىٰ ما قال في «الكتاب[١]».

والجامعُ بينهما: أنه لا يفيدُ ملكَ المَكاسِب، وهو المقصودُ؛ لأنها[٢] تثبتُ للحاجة إلىٰ الأداء منها، ولا حاجةَ فيما إذا كان البدلُ عيناً معيَّناً، والمسألةُ فيه علىٰ ما بيَّنَّاه.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يجوز، أجاز ذلك أو لم يُجِزْ، غيرَ أنه عند الإجازةِ يجب تسليمُ عَيْنِه، وعند عدمها: يجبُ تسليمُ قيمتِه، كما في النكاح، والجامعُ: صحةُ التسمية؛ لكونه مالاً.

ولو مَلَكَ المكاتبُ ذلك العينَ: فعن أبي حنيفة ـ رواه أبو يوسف ـ رحمهما الله: أنه إذا أدَّاه لا يَعتِقُ.

وعلىٰ هذه الرواية: لم ينعقدِ العقدُ، إلا إذا قال له: إذا أدَّيتَ إليَّ فأنتَ حُرٌّ: فحينئذٍ يَعتقُ بحُكم الشرط.

وهكذا عن أبي يوسف[٣] رحمه الله.

وعن أبي يوسف: أنه يَعتِقُ، قال ذلك أو لم يَقُل؛ لأن العقدَ ينعقدُ مع الفساد؛ لكون المسمىٰ مالاً، فيَعتِقُ بأداء المشروط.

---

(١) أي الجامع الصغير. البناية ١٣/١٨٦.

(٢) أي المكاسب، وفي نُسخ: لأنه يثبت: وتقديرها: لأن ملك المكاسب يثبت. البناية ١٣/١٨٧.

(٣) ينظر البناية ١٣/١٨٨.

وإذا كاتبه علىٰ مائةِ دينارٍ علىٰ أن يَرُدَّ المولىٰ إليه عبداً بغير عَيْنِه: فالكتابةُ فاسدةٌ عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: هي جائزةٌ، وتُقسَمُ المائةُ الدينارُ علىٰ قيمةِ المكاتب وقيمةِ عبدٍ وَسَطٍ، وتبطلُ منها حصةُ العبد، فيكون مكاتباً بما بقيَ.

ولو كاتَبَه علىٰ عينٍ في يد المكاتَب: ففيه روايتان[1]، وهي مسألةُ الكتابة علىٰ الأعيان، وقد عُرف ذلك في «الأصل»، وقد ذَكَرْنا وجهَ الروايتين في «كفاية المنتهي».

قال: (وإذا كاتبه علىٰ مائةِ دينارٍ علىٰ أن يَرُدَّ المولىٰ إليه[2] عبداً بغير عَيْنِه: فالكتابةُ فاسدةٌ عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: هي جائزةٌ، وتُقسَمُ المائةُ الدينارُ علىٰ قيمةِ المكاتب وقيمةِ عبدٍ وَسَطٍ، وتبطلُ منها حصةُ العبد، فيكون مكاتباً بما بقيَ).

لأن العبدَ المطلَقَ يصلحُ بدلَ الكتابة، ويَنصرفُ إلىٰ الوسط، فكذا يصلُحُ مستثنىً منه، وهذا هو الأصلُ في أبدال العقود.

ولهما: أنه لا يُستثنىٰ العبدُ من الدنانير، وإنما تُستَثنىٰ قيمتُه، والقيمةُ لا تصلُحُ بدلاً، فكذلك مستثنىً.

---

(١) في الأصل لمحمد رحمه الله.

(٢) أي إلىٰ المكاتب، وفي نُسخ: عليه. والمعنىٰ واحد.

وإذا كاتَبَه علىٰ حيوانٍ غيرِ موصوفٍ : فالكتابةُ جائزةٌ .

وإذا كاتَبَ النصرانيُّ عبدَه علىٰ خمرٍ : فهو جائزٌ .

قال: (وإذا كاتَبَه علىٰ حيوانٍ غيرِ موصوفٍ: فالكتابةُ جائزةٌ)؛ استحساناً.

ومعناه: أن يُبيِّنَ الجنسَ، ولا يُبيِّنَ النوعَ والصفةَ، وينصرفُ إلىٰ الوَسَطِ، ويُجبَرُ علىٰ قَبول القيمة، وقد مَرَّ في النكاح.

أما إذا لم يُبيِّنِ الجنسَ، مثلَ أن يقولَ: دابةً: لا يجوزُ؛ لأنه[1] يشملُ أجناساً مختلفةً، فتتفاحشُ الجهالةُ.

وإذا بيَّن الجنسَ، كالعبد والوَصِيفِ[2]: فالجهالةُ يسيرةٌ، ومثلُها يُتحمَّلُ في الكتابة، فتُعتبرُ جهالةُ البدلِ بجهالة الأجلِ فيه.

وقال الشافعي[3] رحمه الله: لا يجوزُ، وهو القياسُ؛ لأنه معاوضةٌ، فأشبه البيعَ.

ولنا: أنه معاوضةُ مالٍ بغير مال، أو بمالٍ لكن علىٰ وجهٍ يسقطُ الملكُ فيه، فأشبه النكاحَ، والجامعُ: أنه يُبتَنىٰ علىٰ المسامحةِ والتوسعة، بخلاف البيع؛ لأنه مبنيٌّ علىٰ المماكسة.

قال: (وإذا كاتَبَ النصرانيُّ عبدَه علىٰ خمرٍ: فهو جائزٌ).

---

(١) أي قوله: دابة، وفي نُسخ: لأنها. أي الدابة.

(٢) الوَصيف: الخادم، غلاماً كان أو جاريةً، والعبدُ: أعمُّ من أن يبلغ الخدمة، فهو من عطف الخاص علىٰ العام. البناية ١٣/١٩٠، المصباح المنير (وصف).

(٣) مغني المحتاج ٤/٥١٦.

وأيُّهما أسلم: فللمولىٰ قيمةُ الخمر، وإذا قَبَضَها: عَتَقَ.

معناه: إذا كان مقداراً معلوماً، والعبدُ كافرٌ؛ لأنها[١] مالٌ في حَقِّهم، بمنزلة الخَلِّ في حَقِّنا.

(وأيُّهما أسلم: فللمولىٰ قيمةُ الخمر)؛ لأن المسلِمَ ممنوعٌ عن تمليك الخمر وتملُّكِها، وفي التسليم: ذلك، إذِ الخمرُ غيرُ معيَّنٍ، فيعجزُ عن تسليم البدل، فيجبُ عليه قيمتُها[٢]؛ لأن التسميةَ قد صحَّت في الابتداء.

وهذا بخلاف ما إذا تبايع الذمِّيَّان خمراً، ثم أسلم أحدُهما، حيث يفسدُ البيعُ، علىٰ ما قاله البعض[٣]؛ لأن القيمةَ تصلُح بدلاً في الكتابة في الجملة، فإنه لو كاتب علىٰ وَصِيفٍ، وأتىٰ بالقيمة: يُجبرُ علىٰ القبول، فجاز أن يبقىٰ العقدُ علىٰ القيمة، فأما البيعُ: فلا ينعقدُ صحيحاً علىٰ القيمة، فافترقا.

قال: (وإذا قَبَضَها: عَتَقَ)؛ لأن في الكتابة معنىٰ المعاوضة، فإذا وصل أحدُ العوضَيْن إلىٰ المولىٰ: سَلِمَ العوضُ الآخَرُ للعبد، وذلك بالعتق.

بخلاف ما إذا كان العبدُ مسلماً، حيث لم تَجُزِ الكتابةُ؛ لأن المسلِمَ ليس من أهلِ التزامِ الخمرِ، ولو أدَّاها: عَتَقَ، وقد بيَّنَّاه من قبلُ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي الخمر.

(٢) أي الخمر. وفي نُسخ: قيمته.

(٣) أي بعض المشايخ.

باب
ما يجوز للمكاتب أن يَفعلَه

ويجوزُ للمكاتَبِ البيعُ والشراءُ والسفرُ.

فإن شَرَطَ عليه أن لا يَخرَجُ من الكوفة: فله أن يخرجَ؛ استحساناً.

باب
ما يجوز للمكاتب أن يَفعلَه

قال: (ويجوزُ للمكاتَبِ البيعُ والشراءُ والسفرُ)؛ لأن موجَبَ الكتابةِ أن يصير حُرّاً يداً، وذلك بمالكيَّة[1] التصرُّفِ، مستبدّاً به، تصرُّفاً يوصِلُه إلىٰ مقصودِه، وهو نَيْلُ الحريةِ بأداء البدلِ، والبيعُ والشراءُ من هذا القَبِيْل.

وكذا السفرُ؛ لأن التجارةَ ربما لا تتفقُ في الحَضَر، فتحتاجُ إلىٰ المسافرة.

ويملِكُ البيعَ بالمُحَاباة؛ لأنه من صَنِيعِ التجَّار، فإن التاجرَ قد يُحابي في صفقةٍ؛ ليربحَ في أخرىٰ.

قال: (فإن شَرَطَ عليه أن لا يَخرَجُ من الكوفة: فله أن يخرجَ؛ استحساناً)؛ لأن هذا الشرطَ مخالِفٌ لمقتضىٰ العقد، وهو مالكيةُ اليدِ علىٰ جهة الاستبداد، وثبوتِ الاختصاص، فبطل الشرطُ، وصحَّ العقدُ؛ لأنه شَرْطٌ لم يتمكَّنْ في صُلْبِ العقد، وبمِثْله لا تفسدُ الكتابة.

---

(١) وفي نُسخ: بمالكيَّته التصرفَ.

ولا يتزوَّجُ إلا بإذن المولىٰ.

ولا يَهَبُ، ولا يَتصدَّقُ إلا بالشيءِ اليسير.

وهذا لأن الكتابةَ تُشبِهُ البيعَ، وتُشبِه النكاحَ، فألحقناها[١] بالبيع في شرطٍ تَمكَّنَ في صُلْبِ العقد، كما إذا شَرَطَ خدمةً مجهولةً؛ لأنه في معنىٰ البدل[٢]، وبالنكاح: في شرطٍ لم يتمكَّن في صُلْبه، هذا هو الأصل.

أو نقولُ: إن الكتابةَ في جانبِ العبدِ إعتاقٌ؛ لأنه إسقاطُ الملك، وهذا الشرطُ يَخصُّ العبدَ، فاعتُبرَ إعتاقاً في حَقِّ هذا الشرط، والإعتاقُ لا يَبطلُ بالشروط الفاسدة.

قال: (ولا يتزوَّجُ إلا بإذن المولىٰ)؛ لأن الكتابةَ فكُّ الحَجْرِ، مع قيام الملك؛ ضرورةَ التوسُّلِ إلىٰ المقصود، والتزوُّجُ ليس وسيلةً إليه[٣]، فإنه[٤] ليس باكتسابٍ[٥]، بل يوجِبُ تكفُّلِ ذمته بالدين، شراءً ونفقةً.

ويجوزُ بإذن المولىٰ؛ لأن الملكَ له.

قال: (ولا يَهَبُ، ولا يَتصدَّقُ إلا بالشيءِ اليسير)؛ لأن الهبةَ والصدقةَ تبرُّعٌ، وهو غيرُ مالكٍ ليُمَلِّكَه، إلا أنَّ الشيءَ اليسيرَ من ضرورات التجارة؛

---

(١) أي الكتابة، وفي نُسخ: فألحقناه. قلت: أي عقد الكتابة.

(٢) وفي نُسخ: في البدل.

(٣) أي إلىٰ المقصود.

(٤) من قوله: فإنه ليس باكتساب... إلىٰ آخر الجملة: مثبتٌ في نُسخٍ، كما أُشير إلىٰ هذا في نسخة ١٠٣٨هـ، وينظر البناية ١٣/١٩٧.

(٥) أي للمال.

ولا يَتكفَّلُ، ولا يُقْرِضُ.

فإن وَهَبَ علىٰ عِوَضٍ: لم يصحَّ.

وإن زوَّجَ أمتَه: جاز، وكذلك إن كاتَبَ عبدَه.

لأنه لا يجد بُدّاً من ضيافةٍ وإعارةٍ؛ ليجتمعَ عليه المُجاهِزُون[1]، ومَن مَلَكَ شيئاً: يملِكُ ما هو من ضروراته وتوابِعِه.

(ولا يَتكفَّلُ)؛ لأنه تبرُّعٌ مَحضٌ، وليس من ضرورات التجارة والاكتسابِ.

ولا يَملِكُه بنوعيه: نفساً ومالاً؛ لأن كلَّ ذلك تبرُّعٌ.

(ولا يُقْرِضُ)؛ لأنه تبرُّعٌ، ليس من توابع الاكتساب.

قال: (فإن وَهَبَ علىٰ عِوَضٍ: لم يصحَّ)؛ لأنه نوعُ تبرُّعٍ ابتداءً.

قال: (وإن زوَّجَ أمتَه: جاز)؛ لأنه اكتسابٌ للمال، فإنه يتملَّكُ به المهرَ، فدخل تحتَ العقد.

قال: (وكذلك إن كاتَبَ عبدَه).

والقياسُ: أن لا يجوزَ، وهو قولُ زفرَ والشافعيِّ[2] رحمهما الله؛ لأن مآلَه العتقُ، والمكاتبُ ليس من أهله، كالإعتاقِ علىٰ مال.

---

(١) جمع: مُجاهِز: وهو الغنيُّ من التجار، وكأنه أُريد به: المُجَهِّز، وهو الذي يبعث التجار بالجِهَاز، وهو فاخرُ المتاع، أو يُسافر به، فحُرِّف إلىٰ: المجاهز. البناية ١٩٧/١٣.

(٢) الأم ٣٦/٨.

فإن أدَّىٰ الثاني قبلَ أن يَعتِقَ الأولُ : فوَلاؤه للمولىٰ .

فلو أدَّىٰ الأولُ بعد ذلك، وعَتَقَ : لا ينتقلُ الولاءُ إليه .

وإن أدَّىٰ الثاني بعد عِتْقِ الأولِ : فوَلاؤه له .

وجهُ الاستحسان: أنه عقدُ اكتسابٍ للمال، فيَملِكُه، كتزويج الأمة، وكالبيع، وقد يكونُ هو أنفعُ له من البيع؛ لأنه لا يُزيلُ الملكَ إلا بعد وصولِ البدل إليه، والبيعُ يُزيلُه قبلَه، ولهذا يَملكُه الأبُ والوصيُّ.

ثم هو يوجِبُ للمملوكِ مثلَ ما هو ثابتٌ له، وهو الكتابةُ، بخلاف الإعتاقِ علىٰ مالٍ؛ لأنه يوجبُ فوقَ ما هو ثابتٌ له.

قال: (فإن أدَّىٰ الثاني قبلَ أن يَعتِقَ الأولُ: فوَلاؤه للمولىٰ)؛ لأنَّ له فيه نوعَ ملكٍ، وتصحُّ إضافةُ الإعتاقِ إليه في الجملة، فإذا تعذَّر إضافتُه إلىٰ مباشِرِ العقدِ لعدم الأهلية: أُضيفَ إليه[1]، والولاءُ لمَن أعتق[2].

ولأنه لَمَّا تعذَّر إثباتُه للعبد: يثبتُ لمَن هو أقربُ الناسِ إليه، كما في العبدِ المأذونِ إذا اشترىٰ شيئاً: يَثبتُ الملكُ للمولىٰ؛ لتعذُّر إثباته للعبد؛ لأنه ليس من أهل الملك.

قال: (فلو أدَّىٰ الأولُ بعد ذلك، وعَتَقَ: لا ينتقلُ الولاءُ إليه)؛ لأن المولىٰ جُعِلَ مُعتِقاً، والولاءُ لا ينتقلُ عن المعتِق.

(وإن أدَّىٰ الثاني بعد عِتْقِ الأولِ: فوَلاؤه له)؛ لأن العاقدَ من أهل

---

(١) أي إلىٰ المولىٰ.

(٢) من هنا، إلىٰ قوله: ليس من أهل الملك: سَقَطَ من نُسخ كثيرة.

وإن أعتق عبدَه علىٰ مالٍ، أو باعه من نفسِه، أو زوَّج عبدَه : لم يَجُزْ.
وكذلك الأبُ والوصيُّ في رقيقِ الصغير : بمنزلة المكاتَب.

ثبوتِ الوَلاء، وهو الأصلُ، فيثبتُ له.

قال: (وإن أعتق عبدَه علىٰ مالٍ، أو باعه من نفسِه[١]، أو زوَّج عبدَه: لم يَجُزْ)؛ لأن هذه الأشياءَ ليست من الكَسْب، ولا من توابِعِه.

أما الأولُ[٢]: فلأنه إسقاطُ الملكِ عن رقبتِه، وإثباتُ الدَّيْن في ذمةِ المفلس، فأشبه الزوالَ بغير عوض[٣].

وكذا الثاني[٤]: لأنه إعتاقٌ علىٰ مالٍ في الحقيقة.

وأما الثالثُ[٥]: فلأنه تنقيصٌ للعبد، وتعييبٌ له، وشَغْلُ رقبتِه بالمهر والنفقة.

بخلاف تزويجِ الأمة؛ لأنه اكتسابٌ؛ لاستفادته المهرَ، علىٰ ما مَرَّ.

قال: (وكذلك الأبُ والوصيُّ في رقيقِ الصغير: بمنزلة المكاتَب)؛ لأنهما يملِكان الاكتسابَ، كالمكاتَب.

---

(١) أي باع المكاتب نفسَ العبد من نفسه. البناية ١٣/٢٠٠، و في نُسخ: باعه نفسَه، وفي أخرىٰ: أو باعه نفسه منه.

(٢) أي إعتاق عبده علىٰ مال.

(٣) أي مثل الإعتاق بغير مال. حاشية نسخة ٩٨١هـ.

(٤) أي بيع عبده من نفسه.

(٥) وهو تزويج عبده.

فأما المأذونُ له : فلا يجوزُ له شيءٌ من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله : له أن يُزوِّجَ أمتَه .

ولأن في تزويجِ الأمةِ والكتابةِ نظراً له، ولا نظرَ فيما سواهما، والولايةُ نظريةٌ.

قال: (فأما المأذونُ له: فلا يجوزُ له شيءٌ من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: له أن يُزوِّجَ أمتَه).

وعلىٰ هذا الخلاف: المضاربُ، والمفاوِضُ، والشريكُ شركةَ عِنَان.

هو قاسَهُ علىٰ المكاتَب، واعتبره بالإجارة.

ولهما: أن المأذونَ له يملكُ التجارةَ، وهذا ليس بتجارة، فأما المكاتبُ فيَملِكُ الاكتسابَ، وهذا اكتسابٌ.

ولأنه مبادلةُ المالِ بغير المال، فيُعتَبرُ بالكتابة، دونَ الإجارة، إذ هي مبادلةُ المال بالمال، ولهذا لا يَملِكُ هؤلاء كلُّهم تزويجَ العبد، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

فصلٌ

وإذا اشترىٰ المكاتَبُ أباه، أو ابنَه : دَخَلَ في كتابته.

وإن اشترىٰ ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه لا وِلادَ له : لم يدخلْ في كتابته عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا : يدخل.

فصلٌ

في بيان مَن يَدخُلُ في الكتابة

قال: (وإذا اشترىٰ المكاتَبُ أباه، أو ابنَه: دَخَلَ في كتابته).

لأنه[1] من أهل أن يُكاتِبَ وإن لم يكن من أهل الإعتاق، فيُجعَلُ مكاتِباً؛ تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان، ألا ترىٰ أن الحُرَّ متىٰ كان يملِكُ الإعتاقَ: يَعتِقُ عليه.

قال: (وإن اشترىٰ ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه لا وِلادَ له: لم يدخلْ في كتابته عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يدخل)؛ اعتباراً بقرابة الوِلادِ، إذ وجوبُ الصلة ينتظمُهما[2]، ولهذا لا يفترقان[3] في الحُرِّ في حَقِّ الحرية.

---

(١) أي المكاتَب.

(٢) أي قرابة الوِلاد، وقرابة غير الوِلاد.

(٣) يعني إذا اشترىٰ الحر أباه: يعتق عليه، فكذا إذا اشترىٰ أخاه.

وإذا اشترىٰ أمَّ ولدِه: دَخَلَ ولدُها في الكتابة، ولم يجُزْ بيعُها.

وله: أن للمكاتَب كَسْباً، لا مِلْكاً، غيرَ أن الكسبَ يكفي للصلة في الوِلاد، حتىٰ إن القادرَ علىٰ الكسبِ يُخاطَبُ بنفقة الوالدِ والولد، ولا يكفي في غيرهما[١]، حتىٰ لا تجبُ نفقةُ الأخِ إلا علىٰ الموسِر.

ولأن هذه قرابةٌ توسَّطتْ بين بني الأعمام، وقرابةِ الوِلاد، فألحقناها بالثاني في حقِّ العتق، وبالأول في الكتابة، وهذا أَوْلىٰ؛ لأن العتقَ أسرعُ نفوذاً من الكتابة، حتىٰ إن أحدَ الشريكَيْن إذا كاتَبَ: كان للآخَر فَسْخُه، وإذا أعتق: لا يكون له فَسْخُه.

قال: (وإذا اشترىٰ أمَّ ولدِه: دَخَلَ ولدُها في الكتابة، ولم يجُزْ بيعُها)، معناه: إذا كان معها ولدُها.

أما دخولُ الولدِ في الكتابة: فلِمَا ذكرناه[٢].

وأما امتناعُ بيعِها: فلأنها تَبَعٌ للولد في حقِّ هذا الحكم، قال عليه الصلاة والسلام: «أعتقَها ولدُها»[٣].

---

(١) وفي نُسخ: لغيرهما. أي ولا يكفي الكسبُ في غير الوالد والولد. البناية ١٣/٢٠٦. وفي نُسخ: لغيرها. وكُتب في حواشيها: أي لغير صلة الوِلاد.

(٢) في أول الفصل في قرابة الوِلاد.

(٣) تقدم في أول الاستيلاد، وهو في سنن ابن ماجه (٢٥١٦)، وفي سنده: حسين بن عبد الله: وهو ضعيفٌ جداً، وسنن البيهقي (٢١٧٨٨) بسندٍ معضل، وقال ابن حزم في المحلىٰ ٨/٢١٥: صح هذا بسندٍ رواتُه ثقات، وتعقَّبه ابن القطان، واستدرك عليه العلامة قاسم في التعريف والإخبار ٣/١٢٣، وينظر الدراية ٢/٨٧.

وإن وُلِدَ له ولدٌ من أمةٍ له : دَخَلَ في كتابته.

وكان حُكمُه : كحُكمِه، وكَسْبُه : له.

وإن لم يكن معها ولدُها[1]: فكذلك الجوابُ في قول أبي يوسف ومحمدٍ رحمهما الله؛ لأنها أمُّ ولده[2]، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله.

وله: أن القياسَ أن يجوزَ بيعُها وإن كان معها ولدٌ؛ لأن كَسْبَ المكاتَبِ موقوفٌ، فلا يتعلَّقُ به ما لا يحتمِلُ الفسخَ، إلا أنه يثبتُ هذا الحَقُّ فيما إذا كان معها ولدٌ؛ تَبَعاً لثبوته في الولدِ بناءً عليه، وبدون الولد لو ثَبَتَ: يثبتُ ابتداءً، والقياسُ ينفيه.

قال: (وإن وُلِدَ له ولدٌ من أمةٍ له: دَخَلَ في كتابته)؛ لِمَا بيَّنَّا في المشترىٰ[3].

(وكان حُكمُه: كحُكمِه، وكَسْبُه: له)؛ لأن كَسْبَ الولد: كَسْبُ كَسْبِه.

ويكونُ كذلك قبلَ الدِّعوة، فلا ينقطعُ بالدِّعوة اختصاصُه.

وكذلك إن وَلَدَتِ المكاتبةُ ولداً؛ لأن حَقَّ امتناعِ البيع ثابتٌ فيها مؤكَّداً، فيسري إلىٰ الولد، كالتدبير والاستيلاد.

---

(١) وفي نُسخ: ولدٌ.

(٢) وفي نُسخ: أم ولدٍ.

(٣) أي في الولد المشترَىٰ. البناية ١٣/٢١٠.

ومَن زوَّج أمتَه من عبدِه، ثم كاتَبَهما، فوَلَدَتْ منه ولداً: دَخَلَ في كتابتِها، وكان كَسْبُه لها.

وإن تزوَّج المكاتَبُ بإذن مولاه امرأةً زَعَمَتْ أنها حرَّةٌ، فولدت منه، ثم استُحِقَّت: فأولادُها عبيدٌ، ولا يأخذُهم بالقيمة.

وكذلك العبدُ يأذنُ له المولىٰ بالتزوُّج، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: أولادُها أحرارٌ بالقيمة.

قال: (ومَن زوَّج أمتَه من عبدِه، ثم كاتَبَهما، فوَلَدَتْ منه ولداً: دَخَلَ في كتابتِها، وكان كَسْبُه لها)؛ لأن تبعيةَ الأمِّ أرجحُ، ولهذا يَتبعُها في الرِّقِّ والحرية.

قال: (وإن تزوَّج المكاتَبُ بإذن مولاه امرأةً زَعَمَتْ أنها حرَّةٌ، فولدت منه، ثم استُحِقَّت: فأولادُها عبيدٌ، ولا يأخذُهم بالقيمة.

وكذلك العبدُ يأذنُ له المولىٰ بالتزوُّج، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: أولادُها أحرارٌ بالقيمة)؛ لأنه شاركَ الحُرَّ في سببِ ثبوت هذا الحَقِّ، وهو الغرورُ، وهذا لأنه ما رَغِبَ في نكاحِها إلا لينالَ حريةَ الأولاد.

ولهما: أنه مولودٌ بين رقيقَيْن، فيكونُ رقيقاً، وهذا لأن الأصلَ أن الولدَ يَتْبَعُ الأمَّ في الرِّقِّ والحرية.

وإن وطيء المكاتبُ أمَةً علىٰ وَجْهِ الملك بغير إذن المولىٰ، ثم استحَقَّها رجلٌ: فعليه العُقْرُ، يُؤخَذُ به في المكاتبة.

وإن وطئها علىٰ وَجْهِ النكاح: لم يُؤخَذُ به حتىٰ يَعتِقَ.

وكذلك المأذونُ له.

وخالَفْنا[1] هذا الأصلَ في الحُرِّ بإجماع الصحابة رضي الله عنهم[2].

وهذا ليس في معناه؛ لأن حَقَّ المولىٰ هناك مجبورٌ بقيمةٍ ناجزةٍ، وها هنا بقيمةٍ متأخِّرةٍ إلىٰ ما بعد العتق، فيبقىٰ علىٰ الأصل، ولا يَلحَقُ به.

قال: (وإن وطيء المكاتبُ أمَةً علىٰ وَجْهِ الملك بغير إذن المولىٰ، ثم استحَقَّها رجلٌ: فعليه العُقْرُ، يُؤخَذُ به في المكاتبة[3].

وإن وطئها علىٰ وَجْهِ النكاح: لم يُؤخَذُ به حتىٰ يَعتِقَ.

وكذلك المأذونُ له).

ووَجْهُ الفرق: أن في الفصل الأولِ ظَهَرَ الدَّيْنُ في حَقِّ المولىٰ؛ لأن التجارةَ وتوابعَها داخلةٌ تحتَ الكتابة، وهذا العُقْرُ من توابعها؛ لأنه لولا الشراءُ لَمَا سقط الحدُّ، وما لم يسقطِ الحدُّ: لا يجب العُقْرُ.

---

(١) هكذا: بالواو: وخالفنا: في طبعات الهداية القديمة، وأما النُّسخ الخطية فلم تثبت فيها الواو.

(٢) تقدم في آخر الدعاوىٰ.

(٣) وفي نُسخ: الكتابة. أي في حال الكتابة.

وإذا اشترىٰ المكاتبُ جاريةً شراءً فاسداً، ثم وطئها، فردَّها: أُخِذَ بالعُقْر في المكاتبة.

ولم يَظهر[1] في الفصل الثاني: لأن النكاحَ ليس من الاكتساب في شيءٍ، فلا تنتظمُه الكتابةُ، كالكفالة.

قال: (وإذا اشترىٰ المكاتبُ جاريةً شراءً فاسداً، ثم وطئها، فردَّها: أُخِذَ بالعُقْر في المكاتبة[2]).

وكذلك العبدُ المأذونُ له؛ لأنه من باب التجارة، فإنَّ التصرُّفَ تارةً يقعُ صحيحاً، ومرةً يقعُ فاسداً، والكتابةُ والإذنُ ينتظمانِه بنوعَيْه، كالتوكيل، فكان ظاهراً في حقِّ المولىٰ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) وفي نُسخ: أما لم يظهر. أي لم يظهر الدينُ في حق المولىٰ.

(٢) وفي نُسخ: الكتابة.

فصلٌ

وإذا وَلَدَتِ المكاتَبَةُ من المولىٰ : فهي بالخيار : إن شاءت مَضَتْ علىٰ الكتابة، وإن شاءَتْ عجَّزَتْ نفسَها، وصارتْ أمَّ ولدٍ له.

فصلٌ

في مسائلَ أخرىٰ من هذا الباب

قال: (وإذا وَلَدَتِ المكاتَبَةُ من المولىٰ: فهي بالخيار: إن شاءت مَضَتْ علىٰ الكتابة، وإن شاءَتْ عجَّزَتْ نفسَها، وصارتْ أمَّ ولدٍ له)؛ لأنه تلقَّتْها جِهَتَا حريةٍ: عاجلةٌ[1] ببدلٍ، وآجلةٌ بغير بدلٍ، فتُخيَّرُ بينهما.

ونَسَبُ ولدِها ثابتٌ من المولىٰ، وهو حُرٌّ؛ لأن المولىٰ يملكُ الإعتاقَ في ولدها، وما لَه من الملكِ: يكفي لصحة الاستيلادِ بالدِّعوة.

وإذا مَضَتْ علىٰ الكتابة: أَخَذَتِ العُقْرَ من مولاها؛ لاختصاصها بنفسها وبمنافعها، علىٰ ما قدَّمْنا.

ثم إن مات المولىٰ: عَتَقَتْ بالاستيلاد، وسقط عنها بدلُ الكتابة.

وإن ماتت هي، وتَرَكَتْ مالاً: تُؤدَّىٰ منه مكاتبتُها، وما بقيَ ميراثٌ لابنها؛ جرياً علىٰ موجَبِ الكتابة.

---

(١) وفي نُسخٍ: عاجلٌ ببدلٍ، وآجلٌ بغير بدل.

وإذا كاتَبَ المولىٰ أمَّ ولدِه : جاز .

فإن مات المولىٰ : عَتَقَتْ بالاستيلاد ، وسَقَطَ عنها بدلُ الكتابة .

وإن كاتَبَ مدبَّرتَه : جاز .

وإن لم تترك مالاً: فلا سعايةَ علىٰ الولد؛ لأنه حرٌّ.

ولو وَلَدَتْ ولداً آخَرَ: لم يلزمِ المولىٰ إلا أن يدَّعيه؛ لحُرْمة وطئها عليه.

فلو لم يدَّعِ، وماتت من غير وفاءٍ: سعىٰ هذا الولدُ؛ لأنه مكاتَبٌ تَبَعاً لها.

فلو مات المولىٰ بعد ذلك: عَتَقَ، وبطلت عنه السعايةُ؛ لأنه بمنزلة أمِّ الولدِ، إذ هو ولدُها، فيَتْبَعُها.

قال: (وإذا كاتَبَ المولىٰ أمَّ ولدِه: جاز)؛ لحاجتها إلىٰ استفادة الحرية قبلَ موت المولىٰ، وذلك بالكتابة، ولا تَنافِيَ بينهما؛ لأنه تلقَّتْها جهتا حرية.

(فإن مات المولىٰ: عَتَقَتْ بالاستيلاد)؛ لتعلُّق عِتْقِها بموت السيد.

(وسَقَطَ عنها بدلُ الكتابة)؛ لأن الغرضَ من إيجاب البدل: العتقُ عند الأداء، فإذا عَتَقَتْ قبلَه: لا يُمكنُ توفيرُ الغرضِ عليه، فسقط، وبطلت الكتابةُ؛ لامتناع إبقائها من غير فائدةٍ، غيرَ أنه تُسلَّم لها الأكسابُ والأولادُ؛ لأن الكتابةَ انفسخت في حَقِّ البدل، وبقيت في حَقِّ الأكساب والأولاد؛ لأن الفسخَ لنظرها، والنظرُ فيما ذكرناه.

ولو أدَّتِ المكاتبةُ قبلَ موتِ المولىٰ: عَتَقَتْ بالكتابة؛ لأنها باقيةٌ.

قال: (وإن كاتَبَ مدبَّرتَه: جاز)؛ لِمَا ذكرنا من الحاجة، ولا تَنافِيَ، إذِ الحريةُ غيرُ ثابتةٍ، وإنما الثابتُ مجرَّدُ الاستحقاق.

وإن مات المولىٰ، ولا مالَ له غيرُها : فهي بالخيار : بين أن تسعىٰ في ثلثي قيمتِها، أو جميعِ مالِ الكتابة.

قال: (وإن مات المولىٰ، ولا مالَ له غيرُها: فهي بالخيار: بين أن تسعىٰ في ثلثي قيمتِها، أو جميعِ مالِ الكتابة)، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: تسعىٰ في الأقلِّ منهما.

وقال محمدٌ رحمه الله: تسعىٰ في الأقلِّ من ثلثي قيمتها، وثلثي بدلِ الكتابة.

فالخلافُ في الخيار والمقدار، فأبو يوسفَ مع أبي حنيفةَ رحمهما الله في المقدار، ومع محمدٍ رحمه الله في نفي الخيار.

وأما الخيارُ: ففَرْعُ تجزُّؤِ الإعتاقِ عنده، لَمَّا تجزَّأ: بقي الثلثان رقيقاً[1]، وقد تلقَّتْها جهتا حريةٍ ببدلَيْن: معجَّلٍ بالتدبير، ومؤجَّلٍ بالكتابة، فتُخيَّرُ بينهما.

وعندهما: لَمَّا عَتَقَ كلُّها بعِتْق بعضِها، فهي حرةٌ: وَجَبَ عليها أحدُ المالَيْن، فتختارُ الأقلَّ، لا محالةَ، فلا معنىٰ للتخيير.

وأما المقدارُ: فلمحمدٍ رحمه الله: أنه قابَلَ البدلَ بالكل، وقد سَلِم لها الثلثُ بالتدبير، فمن المُحَال أن يجبَ البدلُ بمقابلته.

ألا ترىٰ أنه لو سَلِمَ لها الكلُّ، بأن خرجت من الثلث: يسقطُ كلُّ بدلِ الكتابة، فها هنا يسقطُ الثلثُ، وصار كما إذا تأخَّر التدبيرُ عن الكتابة.

---

(١) وفي نُسخ: عبداً.

وإن دبَّرَ مكاتبتَه : صحَّ التدبيرُ، ولها الخيارُ : إن شاءت مَضَتْ علىٰ الكتابة، وإن شاءت عَجَّزَتْ نفسَها، وصارت مدبَّرةً.

فإن مَضَتْ علىٰ كتابتها، فمات المولىٰ، ولا مالَ له غيرُها : فهي بالخيار : إن شاءت سَعَتْ في ثلثي مال الكتابة، أو ثلثي قيمتِها عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا : تسعىٰ في الأقلِّ منهما .

ولهما: أن جميعَ البدلِ مقابَلٌ بثلثي رقبتها، فلا يسقطُ منه شيءٌ، وهذا لأن البدلَ وإن قُوبِل بالكلِّ صورةً وصيغةً، لكنه مقيَّدٌ بما ذكرنا معنىً وإرادةً؛ لأنها استحقَّت حريةَ الثلث ظاهراً.

والظاهرُ أن الإنسانَ لا يلتزمُ المالَ بمقابلة ما يستَحِقُّ حريتَه، وصار كما إذا طلَّق امرأتَه ثنتين، ثم طلَّقها ثلاثاً علىٰ ألفٍ: كان جميعُ الألفِ بمقابلة الواحدةِ الباقيةِ؛ لدلالة الإرادة، كذا ها هنا.

بخلاف ما إذا تقدَّمتِ الكتابةُ، وهي المسألةُ التي تليه[1]؛ لأن البدلَ ثَمَّةَ مقابَلٌ بالكل، إذْ لا استحقاقَ عنده في شيءٍ، فافترقا.

قال: (وإن دبَّرَ مكاتبتَه: صحَّ التدبيرُ)؛ لِمَا بيَّنَّا.

(ولها الخيارُ: إن شاءت مَضَتْ علىٰ الكتابة، وإن شاءت عَجَّزَتْ نفسَها، وصارت مدبَّرةً)؛ لأن الكتابةَ ليست بلازمةٍ في جانبِ المملوك.

قال: (فإن مَضَتْ علىٰ كتابتها، فمات المولىٰ، ولا مالَ له غيرُها: فهي بالخيار: إن شاءت سَعَتْ في ثلثي مال الكتابة، أو ثلثي قيمتِها عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: تسعىٰ في الأقلِّ منهما).

---

(١) أي المسألة التي فيها تأخير التدبير عن الكتابة. البناية ١٣/٢٢٣.

وإذا أعتق المولىٰ مكاتبَه : عَتَقَ بعِتْقِه ، وسَقَطَ عنه بدلُ الكتابة .

وإن كاتَبَه علىٰ ألفِ درهمٍ إلىٰ سَنَةٍ، ثم صالَحَه علىٰ خمسِمائةٍ معجَّلةٍ : فهو جائزٌ .

فالخلافُ في هذا الفصل في الخيار: بناءً علىٰ ما ذكرنا.

أما المقدارُ: فمتَّفقٌ عليه، ووجهُه ما بيَّنَّا.

قال: (وإذا أعتق المولىٰ مكاتبَه: عَتَقَ بعِتْقِه)؛ لقيام مِلكِه فيه.

(وسَقَطَ عنه بدلُ الكتابة)؛ لأنه ما التزمه إلا مقابَلاً بالعتق، وقد حصل له دونه، فلا يلزمُه، والكتابةُ وإن كانت لازمةً في جانب المولىٰ، ولكنها تُفسخُ برضا العبد[1]، والظاهرُ رضاه؛ توسُّلاً إلىٰ عِتْقِه بغير بدلٍ، مع سلامةِ الأكساب له؛ لأنَّا نُبَقِّي الكتابةَ في حَقِّه.

قال: (وإن كاتَبَه علىٰ ألفِ درهمٍ إلىٰ سَنَةٍ، ثم صالَحَه علىٰ خمسِمائةٍ معجَّلةٍ: فهو جائزٌ)، استحساناً.

وفي القياس: لا يجوزُ؛ لأنه اعتياضٌ عن الأجل، وهو ليس بمالٍ، والدَّيْنُ مالٌ، فكان رباً، ولهذا لا يجوزُ مثلُه في الحُرِّ، ومكاتَبِ الغير.

وجهُ الاستحسان: أن الأجلَ في حَقِّ المكاتَبِ مالٌ من وجهٍ؛ لأنه لا يقدرُ علىٰ الأداء إلا به، فأُعطِيَ له حكمُ المال، وبدلُ الكتابة ليس[2] بمالٍ من وجهٍ، حتىٰ لا تصحُّ الكفالةُ به، ولا تجبُ فيه الزكاةُ، فاعتدلا، فلا يكون رباً.

---

(١) وفي نُسخ: المملوك.

(٢) لفظ: ليس: سقط من نُسخ كثيرة.

وإذا كاتب المريضُ عبدَه علىٰ ألفَيْ درهمٍ إلىٰ سَنَةٍ، وقيمتُه ألفُ درهمٍ، ثم مات المولىٰ، ولا مالَ له غيرُه، ولم تُجزِ الورثةُ: فإنه يؤدي ثلثي الألفَيْن حالاًّ، والباقي إلىٰ أجله، أو يُرَدُّ رقيقاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: يؤدي ثلثي الألفِ حالاًّ، والباقي إلىٰ أجله.

ولأن عَقْدَ الكتابةِ عقدٌ من وجهٍ، دون وجهٍ، والأجلُ رباً من وجهٍ، فيكونُ شبهةَ الشبهة، بخلاف العقدِ بين الحرَّيْن؛ لأنه عقدٌ من كل وجهٍ، فكان رباً، والأجلُ فيه شبهةٌ.

قال: (وإذا كاتب المريضُ عبدَه علىٰ ألفَيْ درهمٍ إلىٰ سَنَةٍ، وقيمتُه ألفُ درهمٍ، ثم مات المولىٰ، ولا مالَ له غيرُه، ولم تُجزِ الورثةُ: فإنه يؤدي ثلثي الألفَيْن حالاًّ، والباقي إلىٰ أجله، أو يُرَدُّ رقيقاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: يؤدي ثلثي الألفِ حالاًّ، والباقي إلىٰ أجله)، أو يُرَدُّ رقيقاً؛ لأن له أن يترك الزيادةَ، بأن يُكاتبه علىٰ قيمته، فله أن يؤخِّرَها، وصار كما إذا خالع المريضُ امرأتَه علىٰ ألفٍ إلىٰ سَنَةٍ: جاز، لأن له أن يُطلِّقَها بغير بدل.

ولهما: أن جميعَ المسمىٰ بدلُ الرقبة، حتىٰ أُجرِيَ عليه[1] أحكامُ الأبدالِ، وحَقُّ الورثةِ متعلِّقٌ بالمبدَل، فكذا بالبدل، والتأجيلُ إسقاطٌ

---

(١) أي علىٰ بدل الرقبة، وفي نُسخ: عليها. البناية ١٣/٢٢٨.

وإن كاتَبَهَ علىٰ ألفٍ إلىٰ سَنَةٍ، وقيمتُه ألفان، ولم تُجِزِ الورثةُ: يُقال له: أدِّ ثلثي القيمةِ حالاًّ، أو تُرَدُّ رقيقاً في قولِهم جميعاً.

معنىً، فيُعتبرُ من ثلث جميع المال، بخلاف الخلع؛ لأن البدلَ فيه لا يقابِلُ المالَ، فلم يتعلَّقْ حَقُّ الورثة بالمبدَل[١]، فلا يتعلَّقُ بالبدل[٢].

ونظيرُ هذا: إذا باع المريضُ دارَه بثلاثة آلاف درهمٍ إلىٰ سَنَةٍ، وقيمتُها ألفٌ، ثم مات، ولم تُجِزِ الورثةُ:

فعندهما: يُقالُ للمشتري: أَدِّ ثلثي جميعِ الثمنِ حالاًّ، والثلثَ إلىٰ أجله، وإلا: فانقُضِ البيعَ.

وعنده[٣]: يُعتبرُ الثلثُ بقَدْرِ القيمة، لا فيما زاد عليه، لِمَا بيَّنَّا من المعنىٰ.

قال: (وإن كاتَبَهَ علىٰ ألفٍ إلىٰ سَنَةٍ، وقيمتُه ألفان، ولم تُجِزِ الورثةُ: يُقال له: أدِّ ثلثي القيمةِ حالاًّ، أو تُرَدُّ رقيقاً، في قولِهم جميعاً)؛ لأن المحاباةَ ها هنا في القَدْرِ والتأخيرِ[٤]، فاعتُبرُ الثلثُ فيهما، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) وهو البُضع.

(٢) أي الخلع.

(٣) أي عند محمد رحمه الله.

(٤) وفي نُسخ: التأجيل.

باب
مَن يكاتِبُ عن العبد

وإذا كاتَبَ الحُرُّ عن عبدٍ بألفِ درهم، فإن أدَّىٰ عنه: عَتَقَ، وإن بَلَغَ العبدَ، فقَبِلَ: فهو مكاتَبٌ.

باب
مَن يكاتِبُ عن العبد

قال: (وإذا كاتَبَ الحُرُّ عن عبدٍ بألفِ درهم، فإن أدَّىٰ عنه: عَتَقَ، وإن بَلَغَ العبدَ، فقَبِلَ: فهو مكاتَبٌ).

وصورةُ المسألة: أن يقولُ الحُرُّ لمولىٰ العبد: كاتِبْ عبدَك علىٰ ألفِ درهمٍ، علىٰ أني إن أدَّيتُ إليكَ ألفاً فهو حرٌّ، فكاتَبَه المولىٰ علىٰ هذا: يَعتِقُ بأدائه بحُكم الشرط، وإذا قَبِلَ العبدُ: صار مكاتَباً؛ لأن الكتابةَ كانت موقوفةً علىٰ إجازته، وقَبولُه: إجازةٌ.

ولو لم يقل: علىٰ أني إن أدَّيتُ إليكَ ألفاً فهو حُرٌّ، فأدىٰ: لا يَعتِقُ؛ قياساً؛ لأنه لا شَرْطَ، والعقدُ موقوفٌ علىٰ إجازة العبد[1].

وفي الاستحسان: يَعتِقُ؛ لأنه لا ضررَ للعبد الغائبِ في تعليقِ العتقِ

---

(١) قوله: علىٰ إجازة العبد: مثبتٌ في نسخة ٧٠٨هـ، و٧٣١هـ، وطبعات الهداية.

وإذا كاتب العبدُ عن نفسِه وعن عبدٍ آخَرَ لمولاه غائبٍ، فإن أدَّىٰ الشاهدُ، أو الغائبُ: عَتَقَا جميعاً.

بأداء القابِل[١]، فيصحُّ في حَقِّ هذا الحكم، ويتوقَّفُ في حَقِّ لزومِ الألفِ علىٰ العبد.

وقيل: هذه هي صورةُ مسألةِ الكتاب[٢].

ولو أدَّىٰ الحرُّ البدلَ: لا يَرجعُ علىٰ العبد؛ لأنه متبرِّعٌ.

قال: (وإذا كاتب العبدُ عن نفسِه وعن عبدٍ آخَرَ لمولاه غائبٍ، فإن أدَّىٰ الشاهدُ، أو الغائبُ: عَتَقَا جميعاً).

ومعنىٰ المسألة: أن يقولَ العبدُ: كاتِبْني بألفِ درهمٍ علىٰ نفسي، وعلىٰ فلانٍ الغائبِ: فهذه كتابةٌ جائزةٌ؛ استحساناً.

وفي القياس: يصحُّ علىٰ نفسه؛ لولايته عليها، ويتوقَّفُ في حقِّ الغائب؛ لعدم الولايةِ عليه.

وجهُ الاستحسان: أن الحاضرَ بإضافته العقدَ إلىٰ نفسه ابتداءً: جَعَلَ نفسَه فيه أصلاً، والغائبَ تَبَعاً، والكتابةُ علىٰ هذا الوجه مشروعةٌ، كالأمة إذا كُوتِبَتْ: دَخَلَ أولادُها في كتابتها تَبَعاً، حتىٰ عَتَقوا بأدائها، وليس عليهم من البدل شيءٌ.

---

(١) أي القابل لعقد الكتابة.

(٢) أي المسألة التي قال فيها: كاتِب عبدَك علىٰ ألفٍ، ولم يقل: علىٰ أني إن أديتُ إليك ألفاً فهو حر. وهي مسألة الجامع الصغير. البناية ١٣/٢٣١.

وأيُّهما أدَّىٰ : عَتَقَا، ويُجبَرُ المولىٰ علىٰ القَبول.

وأيُّهما أدَّىٰ : لا يَرجِعُ علىٰ صاحبه.

وليس للمولىٰ أن يأخذَ العبدَ الغائبَ بشيءٍ، فإن قَبِلَ العبدُ الغائبُ، أو لم يَقبَلْ : فليس ذلك منه بشيءٍ، والكتابةُ لازمةٌ للشاهد.

وإذا أمكنَ تصحيحُه علىٰ هذا الوجه: يَنفردُ به الحاضرُ، فله أن يأخذَه بكلِّ البدل؛ لأن البدلَ عليه؛ لكونه أصلاً فيه، ولا يكونُ علىٰ الغائب من البدل شيءٌ؛ لأنه تَبَعٌ فيه.

قال: (وأيُّهما أدَّىٰ: عَتَقَا، ويُجبَرُ المولىٰ علىٰ القَبول).

أما الحاضرُ: فلأنَّ البدلَ عليه.

وأما الغائبُ: فلأنه يَنالُ به شرفَ الحرية وإن لم يكنِ البدلُ عليه، وصار كمُعِيرِ الرهنِ إذا أدَّىٰ الدينَ: يُجبَرُ المرتَهِنُ علىٰ القبول؛ لحاجته إلىٰ استخلاصِ عَيْنه وإن لم يكنِ الدَّيْنُ عليه.

قال: (وأيُّهما أدَّىٰ: لا يَرجِعُ علىٰ صاحبه)؛ لأن الحاضرَ قضىٰ ديناً عليه، والغائبُ متبرِّعٌ به، غيرُ مضطرٍّ إليه.

قال: (وليس للمولىٰ أن يأخذَ العبدَ الغائبَ بشيءٍ)؛ لِمَا بيَّنَّا.

قال: (فإن قَبِلَ العبدُ الغائبُ، أو لم يَقبَلْ: فليس ذلك منه بشيءٍ، والكتابةُ لازمةٌ للشاهد)؛ لأن الكتابةَ نافذةٌ عليه من غير قَبولِ الغائبِ، فلا تتغيَّرُ بقبوله، كمَن كَفَلَ عن غيرِه بغير أمرِه، فبَلَغَه، فأجازه: لا يتغيَّرُ حُكمُه، حتىٰ لو أدَّىٰ: لا يرجعُ عليه، كذا هذا.

وإذا كاتبتِ الأمةُ عن نفسِها وعن ابنَيْن لها صغيرَيْن : فهو جائزٌ، وأيُّهم أدَّىٰ : لم يَرجعْ علىٰ صاحبِه، ويُجبَرُ المولىٰ علىٰ القبول، ويَعتقون.

وإن كاتَبَ عبدَيْه كتابةً واحدةً علىٰ ألفِ درهمٍ : إن أدَّياه : عَتَقَا، وإن عَجَزَا : رُدَّا في الرقِّ.

وإن كاتَبَهما علىٰ أن كلَّ واحدٍ منهما ضامنٌ عن الآخَر : جازتِ الكتابةُ، وأيُّهما أدَّىٰ : عَتَقا، ويَرجعُ علىٰ شريكه بنصف ما أدىٰ.

قال: (وإذا كاتبتِ الأمةُ عن نفسِها وعن ابنَيْن لها صغيرَيْن: فهو جائزٌ، وأيُّهم أدَّىٰ: لم يَرجعْ علىٰ صاحبِه، ويُجبَرُ المولىٰ علىٰ القبول، ويَعتِقون)؛ لأنها جَعَلَتْ نفسَها أصلاً في الكتابة، وأولادَها تَبَعاً، علىٰ ما بيَّنَّا في المسألة الأُولىٰ، وهي أَوْلىٰ بذلك من الأجنبي، فكان[1] أحقَّ بالجواز.

قال: (وإن[2] كاتَبَ عبدَيْه كتابةً واحدةً علىٰ ألفِ درهمٍ: إن أدَّياه: عَتَقَا، وإن عَجَزَا: رُدَّا في الرقِّ.

وإن كاتَبَهما علىٰ أن كلَّ واحدٍ منهما ضامنٌ عن الآخَر: جازتِ الكتابةُ، وأيُّهما أدَّىٰ: عَتَقا، ويَرجعُ علىٰ شريكه بنصف ما أدىٰ)، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي العقد. وأنبه أن هذه الجملة مثبتةٌ في نسخة ٩٨١هـ، ونقلتُ التعليقَ منها.

(٢) هذه المسألة والتي تليها مثبتةٌ في نسخة ٧٣١هـ، و٧٩٨هـ نسخةِ العلامة الأسعدي، والسليمانية برقم ٦٤٤، و نسخة ١٠٣٨هـ، وفي بداية المبتدي ص٥٨٨.

باب
كتابة العبد المشترَك

وإذا كان العبدُ بين رجلَيْن، أَذِنَ أحدُهما لصاحبه أن يُكاتِبَ نصيبَه بألفِ درهمٍ، ويَقبِضَ بدلَ الكتابة، فكاتَبَ، وقَبَضَ بعضَ الألفِ، ثم عَجَزَ: فالمالُ للذي قَبَضَ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: هو مكاتَبٌ بينهما، وما أدَّىٰ فهو بينهما.

باب
كتابة العبد المشترَك

قال: (وإذا كان العبدُ بين رجلَيْن، أَذِنَ أحدُهما لصاحبه أن يُكاتِبَ نصيبَه بألفِ درهمٍ، ويَقبِضَ بدلَ الكتابة، فكاتَبَ، وقَبَضَ بعضَ الألفِ، ثم عَجَزَ: فالمالُ للذي قَبَضَ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: هو مكاتَبٌ بينهما، وما أدَّىٰ فهو بينهما).

وأصلُه: أن الكتابةَ تتجزَّأ عنده، خلافاً لهما، بمنزلةِ العتق؛ لأنها تُفيدُ الحريةَ من وجهٍ، فتَقتَصِرُ علىٰ نصيبِه عنده؛ للتجزُّؤ.

وفائدةُ الإذن: أن لا يكونَ له حَقُّ الفسخ، كما يكونُ له إذا لم يأذن.

وإِذْنُه له بقبض البدل: إذْنٌ للعبد بالأداء، فيكونُ متبرِّعاً بنصيبه عليه، فلهذا كان كلُّ المقبوض له.

وإذا كانت جاريةٌ بين رجلَيْن، كاتباها، فوطئها أحدُهما، فجاءت بولدٍ، فادَّعاه، ثم وطئها الآخَرُ، فجاءت بولدٍ، فادَّعاه، ثم عَجَزَتْ: فهي أمُّ ولدٍ للأول.

ويضمنُ لشريكه نصفَ قيمتِها، ونصفَ عُقْرِها.

وعندهما: الإذنُ بكتابة نصيبِه: إذنٌ بكتابة الكلِّ؛ لعدم التجزُّؤ، فهو أصيلٌ في النصف، وكيلٌ في النصف، فهو بينهما، والمقبوضُ مشترَكٌ بينهما، فيَبقىٰ كذلك بعد العجز.

قال: (وإذا كانت جاريةٌ بين رجلَيْن، كاتباها، فوطئها أحدُهما، فجاءت بولدٍ، فادَّعاه، ثم وطئها الآخَرُ، فجاءت بولدٍ، فادَّعاه، ثم عَجَزَتْ: فهي أمُّ ولدٍ للأول).

لأنه لَمَّا ادَّعىٰ أحدُهما الولدَ: صحَّتْ دِعوتُه؛ لقيام الملك له فيه[1]، وصار نصيبُه أمَّ ولدٍ له؛ لأن المكاتبةَ لا تقبلُ النقلَ من ملكٍ إلىٰ ملكٍ، فتَقتَصرُ أموميةُ الولدِ علىٰ نصيبِه، كما في المدبَّرة المشتركة.

وإذا ادَّعىٰ الثاني ولدَها الأخيرَ: صحَّتْ دِعوتُه؛ لقيام ملكِه ظاهراً، ثم إذا عَجَزَتْ بعد ذلك: جُعِلَتِ الكتابةُ كأن لم تكن، وتبيَّن أن الجاريةَ كلَّها أمُّ ولدٍ للأول؛ لأنه زالَ المانعُ من الانتقال، ووطؤه سابقٌ.

قال: (ويضمنُ لشريكه نصفَ قيمتِها)؛ لأنه تَمَلَّكَ نصيبَه لَمَّا استكملَ الاستيلادَ، (ونصفَ عُقْرِها)؛ لوطئه جاريةً مشتركةً.

---

(١) أي في نصيبه، وفي نُسخ: فيها. قلت: أي في الجارية. البناية ١٣/٢٣٩.

ويَضمنُ شريكُه كمالَ عُقْرِها، وقيمةَ الولدِ، ويكونُ ابنَه.

وأيُّهما دَفَعَ العُقْرَ إلىٰ المكاتبة: جاز.

وهذا قولُ أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: هي أمُّ ولدٍ للأول، ولا يجوزُ وطءُ الآخَر.

قال: (ويَضمنُ شريكُه كمالَ عُقْرِها، وقيمةَ الولدِ، ويكونُ ابنَه).

لأنه بمنزلة المغرور؛ لأنه حين وطئها كان مِلْكُه ثابتاً قائماً ظاهراً، وولدُ المغرور ثابتُ النسبِ منه، حُرٌّ بالقيمة، علىٰ ما عُرِف، لكنه وَطِئَ أمَّ ولدِ الغيرِ حقيقةً، فيلزمُه كمالُ العُقْر.

قال: (وأيُّهما دَفَعَ العُقْرَ إلىٰ المكاتبة: جاز)؛ لأن الكتابةَ ما دامت باقيةً: فحَقُّ القبض لها؛ لاختصاصها بمنافعِها، وأبدالِها.

وإذا عَجَزَتْ: تَرُدُّ العُقْرَ إلىٰ المولىٰ؛ لظهور اختصاصه.

(وهذا) الذي ذكرنا كلُّه (قولُ أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: هي أمُّ ولدٍ للأول، ولا يجوزُ وطءُ الآخَرِ).

لأنه لَمَّا ادعىٰ الأولُ الولدَ: صارت كلُّها أمَّ ولدٍ له؛ لأن أُمومية الولد يجبُ تكميلُها بالإجماع ما أمكن، وقد أمكن بفسخ الكتابة؛ لأنها قابلةٌ للفسخ، فتَنفسِخُ فيما لا تتضرَّر به المكاتبةُ، وتبقىٰ الكتابةُ فيما وراءَه.

فلا يثبتُ نسبُ الولدِ منه، ولا يكون الولدُ حُرًّا عليه بالقيمة.

ويلزمُه جميعُ العُقْرِ.

بخلاف التدبير؛ لأنه لا يَقبلُ الفسخَ.

وبخلاف بيعِ المكاتب؛ لأن في تجويزه إبطالَ الكتابة، إذِ المشتري لا يرضىٰ ببقائه مكاتباً.

وإذا صارتْ كلُّها أمَّ ولدٍ له: فالثاني وَطِئَ أمَّ ولدِ الغير.

قال: (فلا يثبتُ نسبُ الولدِ منه، ولا يكون الولدُ حُرًّا عليه بالقيمة)؛ غيرَ أنه لا يجبُ الحَدُّ عليه؛ للشُّبْهة.

قال: (ويلزمُه جميعُ العُقْرِ)؛ لأن الوطءَ لا يَعرَىٰ عن إحدىٰ الغرامتَيْن.

وإذا بقيتِ الكتابةُ، وصارت كلُّها مكاتَبةً له: قيل: يجبُ عليها نصفُ بدلِ الكتابة؛ لأن الكتابةَ انفسختْ فيما لا تتضرَّرُ به المكاتَبةُ، ولا تتضرَّر بسقوط نصفِ البدل.

وقيل: يجبُ كلُّ البدل؛ لأن الكتابةَ لم تنفسِخْ إلا في حَقِّ التملكِ ضرورةً، فلا تَظهرُ في حَقِّ سقوط نصفِ البدل، وفي إبقائه في حَقِّه: نظرٌ للمولىٰ وإن كان لا تتضرَّر المكاتَبةُ بسقوطه، والمكاتبةُ هي التي تُعطي العُقْرَ؛ لاختصاصها بأبدال منافعها.

ولو عَجَزَتْ، ورُدَّت في الرِّقِّ: تَرُدُّ العُقرَ إلىٰ المولىٰ؛ لظهور اختصاصه، علىٰ ما بيَّنَّا.

ويَضمنُ الأولُ لشريكه في قياسِ قولِ أبي يوسف رحمه الله نصفَ قيمتِها مكاتبةً، موسراً كان، أو معسراً.

وفي قياسِ قولِ محمدٍ رحمه الله: يضمنُ الأقلَّ من نصفِ قيمتها، ومن نصفِ ما بقيَ من بدل الكتابة.

وإذا كان الثاني لم يطَأْها، ولكن دبَّرَها، ثم عَجَزَتْ: بَطَلَ التدبيرُ.

وهي أمُّ ولدٍ للأول.

قال: (ويَضمنُ الأولُ لشريكه في قياسِ قولِ أبي يوسف رحمه الله نصفَ قيمتِها مكاتبةً)؛ لأنه تملَّكَ نصيبَ شريكِه وهي مكاتبةٌ، فيضمنُه (موسراً كان، أو معسراً)؛ لأنه ضمانُ التملُّك.

قال: (وفي قياسِ قولِ محمدٍ رحمه الله: يضمنُ الأقلَّ من نصفِ قيمتها، ومن نصفِ ما بقيَ من بدل الكتابة)؛ لأن حَقَّ شريكِه في نصفِ الرقبةِ علىٰ اعتبار العجز، وفي نصفِ البدلِ، علىٰ اعتبار الأداء، فلِلتردُّدِ بينهما: يجبُ أقلُّهما.

قال: (وإذا كان الثاني لم يطَأْها، ولكن دبَّرَها، ثم عَجَزَتْ: بَطَلَ التدبيرُ)؛ لأنه لم يصادِفِ الملكَ.

أما عندهما: فظاهرٌ؛ لأن المستولِدَ تملَّكَها قبلَ العجز.

وأما عند أبي حنيفة رحمه الله: فلأنه بالعجز تبيَّن أنه تملَّك نصيبَه من وقت الوطء، فتبيَّن أنه مصادِفٌ مِلْكَ غيرِه، والتدبيرُ يعتمدُ الملكَ، بخلاف النسب؛ لأنه يعتمد الغرورَ، علىٰ ما مَرَّ.

قال: (وهي أمُّ ولدٍ للأول)؛ لأنه تَمَلَّكَ نصيبَ شريكِه، وكمُلَ الاستيلادُ، علىٰ ما بيَّنَّا.

ويضمنُ لشريكه نصفَ عُقْرِها، ونصفَ قيمتِها.

والولدُ: ولدُ الأولِ، وهذا قولُهم جميعاً.

وإن كانا كاتباها، ثم أعتقها أحدُهما، وهو موسرٌ، ثم عَجَزَت: ضَمِنَ المعتِقُ لشريكه نصفَ قيمتِها، ويَرجعُ بذلك عليها عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يرجعُ عليها.

قال: (ويضمنُ لشريكه نصفَ عُقْرِها)؛ لوطئه جاريةً مشتركةً.

(ونصفَ قيمتِها)؛ لأنه تَمَلَّكَ نصفَها بالاستيلاد، وهو تَمَلُّكٌ بالقيمة.

(والولدُ: ولدُ الأولِ)؛ لأنه صحَّت دِعوتُه؛ لقيام المصحِّح، (وهذا قولُهم جميعاً)، ووَجْهُه ما بيَّنَّا.

قال: (وإن كانا كاتباها، ثم أعتقها أحدُهما، وهو موسرٌ، ثم عَجَزَت: ضَمِنَ المعتِقُ لشريكه نصفَ قيمتِها، ويَرجعُ بذلك عليها عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يرجعُ عليها)؛ لأنها لَمَّا عَجَزَتْ، ورُدَّتْ في الرِّقِّ: تصيرُ كأنها لم تَزَل قِنَّةً.

والجوابُ فيه: علىٰ الخلاف في الرجوعِ، وفي الخيارات، وغيرها، كما هو مسألةُ تجزُّؤِ الإعتاقِ، وقد قرَّرناه في العَتَاق.

وأما قبلَ العَجْز: فليس له أن يُضَمِّنَ المعتِقَ عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الإعتاقَ لَمَّا كان يتجزَّأ عنده: كان أثرُه أن يُجعلَ نصيبُ غيرِ المعتِقِ كالمكاتب، فلا يَتغيَّرُ به نصيبُ صاحبِه؛ لأنها مكاتَبَةٌ قبلَ ذلك.

وإذا كان العبدُ بين رجلَيْن، دبَّره أحدُهما، ثم أعتقه الآخَرُ، وهو موسِرٌ: فإن شاء الذي دَبَّره: ضَمَّنَ المعتِقَ نصفَ قيمتِه مدبَّراً، وإن شاء استسعىٰ العبدَ، وإن شاء أعتق العبدَ.

وإن أعتقه أحدُهما، ثم دَبَّره الآخَرُ: لم يكن له أن يُضَمِّنَ المعتِقَ، ولكن يَستسعي العبدَ، أو يُعتِقَ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: لَمَّا كان لا يتجزَّأ بعِتْق الكلِّ: فله أن يُضَمِّنَه قيمةَ نصيبِه مكاتَباً إن كان موسراً، ويَستسعيَ العبدَ إن كان معسراً؛ لأنه ضمانُ إعتاقٍ، فيختَلِفُ باليسار والإعسار.

قال: (وإذا كان العبدُ بين رجلَيْن، دبَّره أحدُهما، ثم أعتقه الآخَرُ، وهو موسِرٌ: فإن شاء الذي دَبَّره: ضَمَّنَ المعتِقَ نصفَ قيمتِه مدبَّراً، وإن شاء استسعىٰ العبدَ، وإن شاء أعتق العبدَ.

وإن أعتقه أحدُهما، ثم دَبَّره الآخَرُ: لم يكن له أن يُضَمِّنَ المعتِقَ، ولكن يَستسعي العبدَ، أو يُعتِقَ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله).

ووجهُه: أن التدبيرَ يتجزَّأُ عنده، فتدبيرُ أحدِهما يقتصرُ علىٰ نصيبه، لكن يَفسُدُ به نصيبُ الآخَرِ، فتثبتُ له خِيرةُ الإعتاق والتضمينِ والاستسعاءِ، كما هو مذهبُه.

فإذا أعتق: لم يبقَ له خيارُ التضمينِ، والاستسعاءِ.

وإعتاقُه يَقتصِرُ علىٰ نصيبه؛ لأنه يتجزَّأُ عنده، ولكن يفسُدُ به نصيبُ شريكِه، فله أن يُضَمِّنَه قيمةَ نصيبِه، وله خيارُ العتقِ والاستسعاءِ أيضاً، كما هو مذهبُه.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله : إذا دَبَّره أحدُهما : فعِتْقُ الآخَر باطلٌ، ويَضمَنُ نصفَ قيمتِه، موسراً كان أو معسراً.

وإن أعتقه أحدُهما أولاً : فتدبيرُ الآخَرِ باطلٌ.

ويضمِّنُه قيمةَ نصيبِه مدبَّراً؛ لأن الإعتاقَ صادَفَ المدبَّرَ.

ثم قيل: قيمةُ المدبَّرِ تُعرَفُ بتقويم المقوِّمين.

وقيل: يجب ثلثا قيمتِه وهو قِنٌّ؛ لأن المنافعَ أنواعٌ ثلاثةٌ: البيعُ وأشباهُه، والاستخدامُ وأمثالُه، والإعتاقُ وتوابعُه، والفائتُ: البيعُ، فيسقط الثلثُ.

وإذا ضمَّنه: لا يتملَّكُه بالضمان؛ لأنه لا يَقبلُ الانتقالَ من ملكٍ إلىٰ ملكٍ، كما إذا غصب مدبراً، فأَبَقَ.

وإن أعتقه أحدُهما أوَّلاً: كان للآخَرِ الخياراتُ الثلاثُ عنده، فإذا دبَّره: لم يبقَ له خيارُ التضمين، وبقيَ خيارُ الإعتاق والاستسعاءِ؛ لأن المدبرَ يُعتَقُ، ويُستسعىٰ.

(وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: إذا دبَّره أحدُهما: فعِتْقُ الآخَر باطلٌ)؛ لأنه لا يتجزَّأ عندهما، فيتملَّكُ نصيبَ صاحبِه بالتدبير

قال: (ويَضمَنُ نصفَ قيمتِه، موسراً كان أو معسراً)؛ لأنه ضمانُ تملُّكٍ، فلا يختلفُ باليسار والإعسار.

ويَضمَنُ نصفَ قيمتِه قِنّاً؛ لأنه صادَفَه التدبيرُ وهو قِنٌّ.

قال: (وإن أعتقه أحدُهما أولاً: فتدبيرُ الآخَرِ باطلٌ)؛ لأن الإعتاقَ لا يتجزَّأ عندهما، فيَعْتِقَ كلُّه، فلم يصادِفِ التدبيرُ الملكَ، وهو يعتمدُه.

ويَضمَنُ نصفَ قيمتِهِ إن كان موسراً، ويسعىٰ العبدُ في ذلك إن كان معسراً.

قال: (ويَضمَنُ نصفَ قيمتِهِ إن كان موسراً، ويسعىٰ العبدُ في ذلك إن كان معسراً)؛ لأن هذا ضمانُ الإعتاقِ، فيختلفُ ذلك باليسار والإعسار عندهما، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

باب
موت المكاتَبِ، وعَجْزه، وموت المولىٰ

وإذا عَجَزَ المكاتَبُ عن نَجْمٍ: نَظَرَ الحاكمُ في حالِه، فإن كان له دَيْنٌ يَقبِضُه، أو مالٌ يَقْدَمُ عليه: لم يُعجِّلْ بتعجيزه، وانتَظَرَ عليه اليومَيْن أو الثلاثة.

فإن لم يكن له وَجْهٌ، وطَلَبَ المولىٰ تعجيزَه: عجَّزَه المولىٰ، وفَسَخَ الكتابةَ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يُعَجِّزُه حتىٰ يتوالىٰ عليه نَجْمان.

باب
موت المكاتَبِ، وعَجْزه، وموت المولىٰ

قال: (وإذا عَجَزَ المكاتَبُ عن نَجْمٍ: نَظَرَ الحاكمُ في حالِه، فإن كان له دَيْنٌ يَقبِضُه، أو مالٌ يَقْدَمُ عليه: لم يُعجِّلْ بتعجيزه، وانتَظَرَ عليه اليومَيْن أو الثلاثة)؛ نظراً للجانبَيْن.

والثلاثُ هي المدةُ التي ضُرِبَتْ لإبلاء الأعذار، كإمهال الخصم للدفع، والمديونِ للقضاء، فلا يُزادُ عليه.

قال: (فإن لم يكن له وَجْهٌ، وطَلَبَ المولىٰ تعجيزَه: عجَّزَه المولىٰ، وفَسَخَ الكتابةَ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يُعَجِّزُه حتىٰ يتوالىٰ عليه نَجْمان).

. . . .

لقول عليٍّ رضي الله عنه: «إذا تَوَالىٰ علىٰ المكاتبِ نَجْمان: رُدَّ في الرِّقِّ»[١]، علَّقه بهذا الشرط.

ولأنه عقدُ إرفاقٍ، حتىٰ كان أحسنُه مؤجَّلَه.

وحالةُ الوجوب: بعدَ حلولِ نجمٍ، فلا بدَّ من إمهالِ مدةٍ استيساراً، وأَوْلىٰ المُدَدِ[٢]: ما توافَقَ عليه العاقدان.

ولهما: أن سببَ الفسخِ قد تحقَّق، وهو العجزُ؛ لأن مَن عَجَزَ عن أداء نجمٍ واحدٍ: يكون أعجزَ عن أداء نجمَيْن.

وهذا لأنَّ مقصودَ المولىٰ الوصولُ إلىٰ المالِ عند حلولِ نَجْمٍ، وقد فات، فيُفسَخُ إذا لم يكن راضياً دونه.

بخلاف اليومين والثلاثة؛ لأنه لا بدَّ منها لإمكان الأداء، فلم يكن تأخيراً.

والآثارُ متعارضةٌ، فإن المَرْويَّ عن ابن عمر رضي الله عنهما أن مكاتَبَةً له عَجَزَتْ عن أداءِ نَجْمٍ واحدٍ، فردَّها[٣]، فسقط الاحتجاجُ بها.

---

(١) مصنف ابن أبي شيبة (٢١٤١٣)، وفي إسناده: حجَّاج بن أرطاة، وفيه كلامٌ، الدراية ٢/١٩٢.

(٢) وفي نُسخ: المدة.

(٣) مصنف ابن أبي شيبة (٢١٤١٥)، وفيه أنه كاتب غلاماً.

فإن أَخَلَّ بنَجْمٍ عند غيرِ السلطان، فعَجَزَ، فردَّه مولاه برضاه: فهو جائزٌ.

وإذا عَجَزَ المكاتبُ: عاد إلىٰ أحكامِ الرِّقِّ.

وما كان في يده من الأكساب: فهو لمَوْلاه.

فإن مات المكاتبُ وله مالٌ: لم تنفسخِ الكتابةُ، وقُضِيَ ما عليه من مالِه، وحُكِمَ بعِتْقه في آخرِ جزءٍ من أجزاءِ حياته.

قال: (فإن أَخَلَّ بنَجْمٍ عند غيرِ السلطان[1]، فعَجَزَ[2]، فردَّه مولاه برضاه: فهو جائزٌ)؛ لأن الكتابةَ تُفسَخُ بالتراضي من غير عُذْرٍ، فبالعُذْر أَوْلىٰ.

ولو لم يَرْضَ به العبدُ: لا بدَّ من القضاء بالفسخ؛ لأنه عقدٌ لازمٌ تامٌّ من جانب المولىٰ، فلا بدَّ من القضاء أو الرضا، كالردِّ بالعيب بعد القبض.

قال: (وإذا عَجَزَ المكاتبُ: عاد إلىٰ أحكامِ الرِّقِّ)؛ لانفساخِ الكتابة.

(وما كان في يده من الأكساب: فهو لمَوْلاه).

لأنه ظَهَرَ أنه كَسْبُ عبدِه، وهذا لأنه كان موقوفاً عليه، أو علىٰ مولاه، وقد زال التوقُّفُ.

قال: (فإن مات المكاتبُ وله مالٌ: لم تنفسخِ الكتابةُ، وقُضِيَ ما عليه من مالِه، وحُكِمَ بعِتْقه في آخرِ جزءٍ من أجزاءِ حياته)، وما بقيَ: فهو ميراثٌ لورثته، ويَعتِقُ أولادُه.

---

(١) أي غير القاضي.

(٢) وضُبطت في نُسخ بالتشديد: فعجَّز.

. . . .

وهذا قولُ عليٍّ وابنِ مسعودٍ رضي الله عنهما[(١)]، وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله.

وقال الشافعي[(٢)] رحمه الله: تبطلُ[(٣)] الكتابةُ، ويموتُ عبداً، وما تَرَكَ: لمولاه، وإمامُه في ذلك زيدُ بن ثابتٍ رضي الله عنه[(٤)].

ولأن[(٥)] المقصودَ من الكتابة: عِتْقُه، وقد تعذَّر إثباتُه، فتبطل.

وهذا لأنه لا يخلو: إما أن يَثبتَ بعد الممات مقصوراً[(٦)]، أو يَثبتَ قبلَه، أو بعدَه مستنِداً[(٧)].

لا وجهَ إلىٰ الأول: لعدم المحلِيَّة.

ولا إلىٰ الثاني: لفَقْد الشرط، وهو الأداء.

---

(١) الأصل لمحمد بن الحسن، كما في التعريف والإخبار ٣/١٣٤، سنن البيهقي ١٠/٣٣١ (٢١٦٨٣)، الدراية ٢/١٩٢.

(٢) الأم ٨/٥٦.

(٣) وفي نُسخ: تنفسخ.

(٤) الدراية ٢/١٩٢، وعزاه للبيهقي في السنن (٢١٦٨٣).

(٥) هذا استدلالٌ بالمعقول للإمام الشافعي رحمه الله. البناية ١٣/٢٥٦.

(٦) أي علىٰ ما بعد الموت. البناية ١٣/٢٥٧.

(٧) أي أو يثبتُ بعد الموت حالَ كونه مستنداً إلىٰ حال حياته، فهذه ثلاثة أحوالٍ كلها باطلةٌ، أشار إلىٰ ذلك بقوله: لا وجه للأول... البناية ١٣/٢٥٧.

وإن لم يَتْرُكْ وفاءً، وتَرَكَ ولداً مولوداً في الكتابة : سعىٰ في كتابة أبيه علىٰ نجومِه، فإذا أدىٰ : حَكَمْنا بعِتْق أبيه قبلَ موته، وعَتَقَ الولدُ.

ولا إلىٰ الثالثِ: لتعذُّر الثبوتِ[1] في الحال، والشيء يثبتُ، ثم يستند.

ولنا: أنه عقدُ معاوَضةٍ، ولا يبطلُ بموتِ أحدِ المتعاقدَيْن، وهو المولىٰ، فكذا بموت الآخَر.

والجامعُ بينهما: الحاجةُ إلىٰ إبقاءِ العقدِ لإحياء الحَقِّ، بل أَوْلىٰ؛ لأن حَقَّه آكَدُ من حَقِّ المولىٰ، حتىٰ لزِمَ العقدُ في جانبه، والموتُ أنفىٰ للمالكية منه للمملوكية، فيُنزَّلُ حياً تقديراً، أو تُسنَدُ الحريةُ بإسناد سببِ الأداء إلىٰ ما قبلَ الموت، ويكونُ أداءُ خَلَفِه كأدائه، وكلُّ ذلك ممكنٌ، علىٰ ما عُرِف تمامُه في الخلافيات[2].

قال: (وإن لم يَتْرُكْ وفاءً، وتَرَكَ ولداً مولوداً في الكتابة: سعىٰ في كتابة أبيه علىٰ نجومِه، فإذا أدىٰ: حكَمْنا بعِتْق أبيه قبلَ موته، وعَتَقَ الولدُ)؛ لأن الولدَ داخلٌ في كتابته، وكَسْبُه: ككسبِه، فيَخلُفُه في الأداء، وصار كما إذا تَرَكَ وفاءً.

---

(١) أي ثبوت العتق.

(٢) أراد بها نُسَخَ الخلافيات، فإن المحققِّين من أصحابنا المتقدمين صنَّفوا نُسخاً مشتملةً علىٰ المسائل الفقهية الخلافية، وسمَّوْها: الخلافيات، وطريقةَ الخلاف، وذكروا فيها كثيراً من المسائل الخلافية، غيرَ أنهم ما ذكروا من مسائل المكاتب إلا هذه المسألة وحدها. البناية ١٣/٢٥٩.

وإن تَرَكَ ولداً مشترَىً في الكتابة : قيل له : إما أن تؤدِّيَ الكتابةَ حالَّةً، أو تُرَدَّ رقيقاً .

فإن اشترىٰ ابنَه، ثم مات، وتَرَكَ وفاءً : وَرِثَه ابنُه .

قال: (وإن تَرَكَ ولداً مشترَىً في الكتابة: قيل له: إما أن تؤدِّيَ الكتابةَ حالَّةً، أو تُرَدَّ رقيقاً).

قال رضي الله عنه: وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وأما عندهما: يُؤدِّيه إلىٰ أجَلِه؛ اعتباراً بالولد المولودِ في الكتابة، والجامعُ بينهما: أنه يُكاتَبُ[1] عليه تَبَعاً له، ولهذا يَملكُ المولىٰ إعتاقَه، بخلاف سائر أكسابه.

ولأبي حنيفة رحمه الله، وهو الفرقُ بين الفصلَيْن: أن الأجلَ يثبتُ شَرْطاً في العقد، فيثبتُ في حَقِّ مَن دَخَلَ تحتَ العقد، والمشترَىٰ لم يدخل؛ لأنه لم يُضَفْ إليه العقدُ، ولا يَسْرِي حُكْمُه إليه؛ لانفصاله.

بخلاف المولود في الكتابة؛ لأنه متصلٌ وقتَ الكتابة، فيَسْرِي الحكمُ إليه، وحيث دَخَلَ في حُكمه: سعىٰ في نجومه.

قال: (فإن اشترىٰ ابنَه، ثم مات، وتَرَكَ وفاءً: وَرِثَه ابنُه)؛ لأنه لَمَّا حُكِمَ بحريته في آخِرِ جزءٍ من أجزاءِ حياته: يُحكَمُ بحرية ابنه في ذلك الوقت؛ لأنه تَبَعٌ لأبيه في الكتابة، فيكونُ هذا حرّاً يَرِثُ عن حُرٍّ.

---

(١) وفي نُسخ: مكاتبٌ، وفي أخرىٰ: تكاتب.

وكذلك إن كان هو وابنُه مكاتَبَيْن كتابةً واحدةً.

وإن مات المكاتبُ وله ولدٌ من حرةٍ، وتَرَكَ دَيْناً وفاءً بمكاتبته، فجَنَىٰ الولدُ، فقُضِيَ به علىٰ عاقلةِ الأمِّ: لم يكن ذلك قضاءً بعَجْز المكاتَب.

وإن اختصم موالي الأمِّ وموالي الأبِ في وَلائه، فقُضِيَ به لموالي الأم: فهو قضاءٌ بالعجز.

قال: (وكذلك إن كان هو وابنُه مكاتَبَيْن كتابةً واحدةً)؛ لأن الولدَ إن كان صغيراً: فهو تَبَعٌ لأبيه في كتابته، وإن كان كبيراً: جُعِلا كشخصٍ واحدٍ، فإذا حُكِمَ بحرية الأب: يُحكَمُ بحريته في تلك الحالة، علىٰ ما مَرَّ.

قال: (وإن مات المكاتبُ وله ولدٌ من حرةٍ، وتَرَكَ دَيْناً وفاءً بمكاتبته، فجَنَىٰ الولدُ، فقُضِيَ به علىٰ عاقلةِ الأمِّ: لم يكن ذلك قضاءً بعَجْز المكاتَب).

لأن هذا القضاءَ يُقرِّرُ حُكْمَ الكتابة؛ لأنَّ مِن قضيَّتها إلحاقَ الولدِ بموالي الأم، وإيجابَ العقلِ عليهم، لكن علىٰ وجهٍ يحتملُ أن يَعتِقَ، فينجَرَّ الولاءُ إلىٰ موالي الأب، والقضاءُ بما يُقَرِّرُ حُكْمَ عقد الكتابة: لا يكونُ تعجيزاً.

قال: (وإن اختصم موالي الأمِّ وموالي الأبِ في وَلائه، فقُضِيَ به لموالي الأم: فهو قضاءٌ بالعجز).

لأن هذا اختلافٌ في الوَلاء مقصوداً، وذلك يبتني علىٰ بقاء الكتابة، وانتقاضِها، فإنها إذا فُسِخَت: مات عبداً، واستقرَّ الوَلاءُ علىٰ موالي الأم، وإذا بقيتْ، واتصل بها الأداءُ: مات حُرّاً، وانتقل الولاءُ إلىٰ موالي الأب، وهذا فصلٌ مجتَهَدٌ فيه، فيَنفُذُ ما يُلاقيه من القضاء، فلهذا كان تعجيزاً.

وما أدَّىٰ المكاتَبُ من الصدقات إلىٰ مولاه، ثم عَجَزَ: فهو طَيِّبٌ للمولىٰ.

قال: (وما أدَّىٰ المكاتَبُ من الصدقات إلىٰ مولاه، ثم عَجَزَ: فهو طَيِّبٌ للمولىٰ)؛ لتبدُّل الملكِ، فإن العبدَ يتملَّكُه صدقةً، والمولىٰ عوضاً عن العتق.

وإليه وقعتِ الإشارةُ النبويةُ في حديث بَرِيْرَةَ رضي الله تعالىٰ عنها: «هو[1] لها صدقةٌ، ولنا هديةٌ»[2].

وهذا بخلاف ما إذا أباح للغنيِّ والهاشميِّ؛ لأن المباحَ له يتناولُه علىٰ ملكِ المُبيح، فلم يتبدَّل الملكُ، ونظيرُه المشترِي شراءً فاسداً إذا أباح لغيره: لا يَطِيْب له، ولو مَلَكَه: يَطِيْبُ.

ولو عَجَزَ قبلَ الأداء إلىٰ المولىٰ: فكذلك الجواب.

وهذا عند محمدٍ رحمه الله ظاهرٌ؛ لأنه بالعجز عنده يتبدَّلُ الملك.

وكذا عند أبي يوسف رحمه الله وإن كان بالعجز يتقرَّرُ ملكُ المولىٰ عنده؛ لأنه لا خُبْثَ في نفس الصدقة، وإنما الخُبْثُ في فعل الآخِذ؛ لكونه إذلالاً به.

---

(١) وفي نُسخ: هي.

(٢) صحيح البخاري (١٤٩٣)، صحيح مسلم (١٠٧٥)، وفيهما: أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أُتي بلحمٍ تُصدِّق به علىٰ بريرة ـ وكانت عائشة رضي الله عنها كاتبتها ـ فقالت عائشة رضي الله عنها: هذا ما تُصدِّق به علىٰ بريرة، فقال صلىٰ الله عليه وسلم: «هو لها صدقةٌ، ولنا هديةٌ».

وإذا جنىٰ العبدُ، فكاتَبَه مولاه، ولم يعلم بالجناية، ثم عَجَزَ: فإنه يَدفعُ، أو يَفدي، وكذلك إذا جنىٰ المكاتبُ، ولم يُقْضَ به حتىٰ عَجَزَ.

وإن قُضِيَ به عليه في كتابته، ثم عَجَزَ: فهو دَيْنٌ يُباعُ فيه.

وهذا قولُ أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقد رَجَعَ أبو يوسف رحمه الله إليه.

ولا يجوزُ ذلك للغنيِّ من غير حاجةٍ، وللهاشميِّ؛ لزيادة حُرمتِه، والأخذُ لم يوجَدْ من المولىٰ، فصار كابن السبيلِ إذا وَصَلَ إلىٰ وطنه، والفقيرِ إذا استغنىٰ وقد بقيَ في أيديهما ما أَخَذَا من الصدقة: حيث يَطِيْبُ لهما.

وعلىٰ هذا: إذا أُعتِقَ المكاتَبُ، واستغنىٰ: يطيبُ له ما بقِيَ من الصدقة في يده.

قال: (وإذا جنىٰ العبدُ، فكاتَبَه مولاه، ولم يعلم بالجناية، ثم عَجَزَ: فإنه يَدفعُ، أو يَفدي)؛ لأن هذا هو موجَبُ جنايةِ العبدِ في الأصل، ولم يكن عالماً بالجناية عند الكتابة؛ حتىٰ يصيرُ مختاراً للفداء؛ إلا أن الكتابةَ مانعةٌ من الدفع، فإذا زال: عاد الحكمُ الأصليُّ.

قال: (وكذلك إذا جنىٰ المكاتبُ، ولم يُقْضَ به حتىٰ عَجَزَ)؛ لِمَا بيَّنَّا من زوال المانع.

قال: (وإن قُضِيَ به عليه في كتابته، ثم عَجَزَ: فهو دَيْنٌ يُباعُ فيه)؛ لانتقال الحقِّ من الرقبة إلىٰ قيمتِه بالقضاء.

(وهذا قولُ أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله، وقد رَجَعَ أبو يوسف رحمه الله إليه).

وإذا مات مولىٰ المكاتَبِ : لم تَنفسخِ الكتابةُ.

وقيل له : أدِّ المالَ إلىٰ ورثةِ المولىٰ علىٰ نجومه.

فإن أعتقه أحدُ الورثةِ : لم ينفُذْ عِتْقُه.

وكان يقول أوَّلاً: يُباعُ فيه وإن عَجَزَ قبلَ القضاء، وهو قولُ زفر رحمه الله؛ لأن المانعَ من الدفع وهو الكتابةُ قائمٌ وقتَ الجناية، فكما وقعت: انعقدتْ موجِبةً للقيمة، كما في جناية المدبَّرِ، وأمِّ الولد.

ولنا: أن المانعَ قابِلٌ للزوال؛ للتردُّد، ولم يَثبتِ الانتقالُ في الحال، فيتوقَّفُ علىٰ القضاءِ أو الرضا، وصار كالعبد المَبيعِ إذا أَبَقَ قبلَ القبض: يتوقَّفُ الفسخُ علىٰ القضاء؛ لتردُّده، واحتمالِ عَوْدِه، كذا هذا.

بخلاف التدبير والاستيلادِ؛ لأنهما لا يَقبلان الزوالَ بحالٍ.

قال: (وإذا مات مولىٰ المكاتَبِ: لم تَنفسخِ الكتابةُ)؛ كي لا يؤدِّيَ إلىٰ إبطالِ حَقِّ المكاتَبِ، إذِ الكتابةُ سببُ الحرية، وسببُ حَقِّ المرء: حقُّه.

(وقيل له: أدِّ المالَ إلىٰ ورثةِ المولىٰ علىٰ نجومه).

لأنه استَحقَّ الحريةَ علىٰ هذا الوجه، والسببُ انعقد كذلك، فيبقىٰ بهذه الصفة، ولا يتغيَّرُ، إلا أن الورثةَ يخلُفُونه في الاستيفاء.

قال: (فإن أعتقه أحدُ الورثةِ: لم ينفُذْ عِتْقُه).

لأنه لم يَملِكْه، وهذا لأن المكاتبَ لا يُملَكُ بسائر أسباب الملك، فكذا بسبب الوراثة.

وإن أعتقوه جميعاً : عَتَقَ، وسَقَطَ عنه مالُ الكتابة .

قال: (وإن أعتقوه جميعاً: عَتَقَ، وسَقَطَ عنه مالُ الكتابة)؛ لأنه يصيرُ إبراءً عن بدل الكتابة، فإنه حَقُّهم، وقد جرىٰ فيه الإرثُ.

وإذا بَرِئَ المكاتبُ عن بدل الكتابة: يَعتِقُ، كما إذا أبرأه المولىٰ، إلا أنه إذا أعتقه أحدُ الورثة: لا يصيرُ إبراءً عن نصيبه؛ لأنَّا نجعلُه إبراءً اقتضاءً؛ تصحيحاً لعِتْقِه، والإعتاقُ لا يثبتُ بإبراء البعض[1]، أو أدائه[2] في المكاتب، لا في بعضِه، ولا في كلِّه، ولا وجهَ إلىٰ إبراء الكلِّ؛ لِحَقِّ بقية الورثة، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي بإبراء بعض البدل.

(٢) أي أداء بعض بدل الكتابة.

كتاب الوَلاء

وإذا أعتق المولىٰ مملوكَه: فوَلاؤه له.

كتاب الوَلاء

قال: الوَلاءُ نوعان(١): وَلاءُ عَتَاقةٍ: ويُسمَّىٰ: وَلاءُ نِعْمةٍ، وسببُه: العِتْقُ علىٰ مِلكِه، في الصحيح، حتىٰ لو عَتَقَ قريبُه عليه بالوراثة: كان الوَلاءُ له.

ووَلاءُ مُوالاة: وسببُه العقدُ، ولهذا يُقال: وَلاءُ العَتاقة، ووَلاءُ الموالاة، والحُكمُ يُضافُ إلىٰ سببه.

والمعنىٰ فيهما: التناصُرُ، وكانتِ العربُ تتناصرُ بأشياء.

وقرَّرَ النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم تناصُرَهم بالوَلاء بنوعيه، فقال: «إن مولىٰ القومِ: منهم، وحَلِيفَهم: منهم»(٢).

والمرادُ بالحَلِيف: مولىٰ الموالاة؛ لأنهم كانوا يُؤكِّدون الموالاةَ بالحَلِف.

قال: (وإذا أعتق المولىٰ مملوكَه: فوَلاؤه له)؛ لقول عليه الصلاة والسلام: «الوَلاءُ لمَن أعتق»(٣).

---

(١) وفي نُسخ: الولاءُ علىٰ ضربَيْن.

(٢) صحيح البخاري ١٢/٤٨ (٦٧٦١)، بلفظ: «مولىٰ القوم: من أنفسهم»، وبلفظ: «مولىٰ القوم: منهم»، في مسند أحمد ٣/٤٤٨، والحاكم في المستدرك ٢/٣٢٨، وصححه، ووافقه الذهبي، وينظر نصب الراية ٢/٤٠٤، ٤/١٤٩.

(٣) صحيح البخاري (٢٥٦٢)، صحيح مسلم (١٥٠٤).

وكذا المرأةُ تُعتِقُ.

فإن شَرَطَ أنه سائبةٌ: فالشرطُ باطلٌ، والوَلاء لمَن أَعتَقَ.

وإذا أدَّىٰ المكاتبُ بدلَ الكتابة: عَتَقَ، ووَلاؤه للمولىٰ وإن عَتَقَ بعد موت المولىٰ.

ولأن التناصُرَ به، فيَعقِلُه، وقد أحياه معنىً بإزالة الرقِّ عنه، فيرثُه، ويصيرُ الوَلاءُ كالوِلاد، ولأن الغُنْمَ بالغُرْم.

قال: (وكذا المرأةُ تُعتِقُ)؛ لِمَا روينا.

ومات معتَقٌ لابنةِ حمزةَ رضي الله عنهما: عنها وعن بنتٍ، فجَعَلَ النبيُّ عليه الصلاة والسلام المالَ بينهما نصفين[1].

ويستوي فيه الإعتاقُ بمالٍ وبغيره؛ لإطلاق ما ذَكَرْناه.

قال: (فإن شَرَطَ[2] أنه سائبةٌ[3]: فالشرطُ باطلٌ، والوَلاء لمَن أَعتَقَ)؛ لأن الشرطَ مخالِفٌ للنصِّ، فلا يصح.

قال: (وإذا أدَّىٰ المكاتبُ بدلَ الكتابة: عَتَقَ، ووَلاؤه للمولىٰ وإن عَتَقَ بعد موت المولىٰ)؛ لأنه عَتَقَ عليه بما باشر من السبب، وهو الكتابةُ، وقد قرَّرناه في المكاتب.

---

(١) السنن الكبرىٰ للنسائي (٦٣٦٥)، سنن ابن ماجه (٢٧٣٤)، المستدرك للحاكم (٦٩٢٥)، الدراية ١٩٣/٢، البناية ٢٧٦/١٣، التعريف والإخبار ١٣٦/٣.

وابنة حمزة: هي أمامة بنت حمزة بن عبد المطلب رضي الله عنهما.

(٢) أي العبد.

(٣) أي لا ولاء بينهما.

وإن مات المولىٰ : عَتَقَ مدبَّروه، وأمهاتُ أولادِه، وولاؤهم له.

ومَن مَلَكَ ذا رَحِمٍ مَحرَمٍ منه : عَتَقَ عليه، وولاؤه له.

وإذا تزوَّج عبدُ رجلٍ أمةً لآخَرَ، فأعتق مولىٰ الأمةِ الأمةَ وهي حاملٌ من العبد : عَتَقَتْ، وعتَقَ حَمْلُها أيضاً.

وولاءُ الحَمْلِ لمولىٰ الأُمِّ، لا ينتقلُ عنه أبداً.

وكذلك إذا وَلَدَتْ ولداً لأقلَّ من ستة أشهرٍ.

وكذا العبدُ الموصَىٰ بعِتْقه، أو بشرائه وعِتْقِه بعد موته؛ لأن فِعْلَ الوصيِّ بعد موته: كفِعْله، والتَّرِكةُ علىٰ حُكم ملكِه.

قال: (وإن مات المولىٰ: عَتَقَ مدبَّروه، وأمهاتُ أولادِه)؛ لِمَا بيَّنَّا في العَتاق.

(وولاؤهم له)؛ لأنه أعتقهم بالتدبير والاستيلاد.

قال: (ومَن مَلَكَ ذا رَحِمٍ مَحرَمٍ منه: عَتَقَ عليه)؛ لِمَا بيَّنَّا في العَتاق.

(وولاؤه له)؛ لوجود السببِ، وهو العتقُ عليه.

قال: (وإذا تزوَّج عبدُ رجلٍ أمةً لآخَرَ، فأعتق مولىٰ الأمةِ الأمةَ وهي حاملٌ من العبد: عَتَقَتْ، وعتَقَ حَمْلُها أيضاً.

وولاءُ الحَمْلِ لمولىٰ الأُمِّ، لا ينتقلُ عنه أبداً)؛ لأنه عَتَقَ علىٰ مُعتِقِ الأمِّ مقصوداً، إذ هو جزءٌ منها، يَقبلُ الإعتاقَ منها مقصوداً، فلا يَنتقلُ ولاؤه عنه؛ عملاً بما روينا.

قال: (وكذلك إذا وَلَدَتْ ولداً لأقلَّ من ستة أشهرٍ)؛ للتيقُّن بقيام الحَمْلِ وقتَ الإعتاق.

فإن وَلَدَتْ بعد عِتْقِها لأكثرَ من ستة أشهر ولداً: فوَلاؤه لمولىٰ الأم.

فإن أُعتِقَ الأبُ: جَرَّ ولاءَ ابنِه، وانتقل عن موالي الأُمِّ إلىٰ موالي الأب.

وكذا إذا وَلَدَتْ ولدَيْن أحدُهما لأقلَّ من ستة أشهر؛ لأنهما توأمان يتعلَّقان معاً.

وهذا بخلاف ما إذا والَتْ رجلاً، وهي حُبْلىٰ، والزوجُ والىٰ غيرَه، حيث يكونُ وَلاءُ الولدِ لمولىٰ الأب؛ لأن الجنينَ غيرُ قابلٍ لهذا الوَلاءِ مقصوداً؛ لأن تمامَه بالإيجاب والقبول، وهو ليس بمَحَلٍّ له.

قال: (فإن وَلَدَتْ بعد عِتْقِها لأكثرَ من ستة أشهر ولداً: فوَلاؤه لمولىٰ الأم)؛ لأنه عَتَقَ تَبَعاً للأم؛ لاتصاله بها بعدَ عِتْقِها، فيَتبعُها في الوَلاء، ولم يُتيقَّنْ بقيامه وقتَ الإعتاق حتىٰ يُعتَقَ مقصوداً.

قال: (فإن أُعتِقَ الأبُ: جَرَّ[1] ولاءَ ابنِه، وانتقل عن موالي الأُمِّ إلىٰ موالي الأب)؛ لأن العِتْقَ ها هنا في الولد يَثبتُ تَبَعاً للأم، بخلاف الأول.

وهذا لأن الوَلاءَ بمنزلة النسب، قال عليه الصلاة والسلام: «الوَلاءُ لُحْمَةٌ كلُحْمةِ النَّسَب، لا يُباعُ، ولا يُوهَبُ، ولا يُورَثُ»[2].

---

(١) وفي نُسخ: أُعتق العبدُ: جرَّ الأبُ ولاءَ ابنه.

(٢) تقدم في أواخر الشهادات، وقد رواه محمد بن الحسن في الأصل= ٣٧٧/٦، كما في التعريف والإخبار ١٣٨/٣، ورواه الشافعي في مسنده (٢٣٧) عن محمد بن الحسن، وصححه ابن حبان (٤٩٥٠)، والحاكم في المستدرك (٧٩٩٠)، السنن الكبرىٰ (٢١٤٣٣)، وينظر التلخيص الحبير ٢١٣/٤.

. . . .

ثم النسبُ إلىٰ الآباء، فكذلك الوَلاءُ.

والنسبةُ إلىٰ موالي الأُم كانت لعدم أهلية الأبِ ضرورةً، فإذا صار أهلاً: عاد الوَلاءُ إليه؛ كولد[١] الملاعَنة، يُنسَبُ إلىٰ قومِ الأمِّ ضرورةً، فإذا أكذب الملاعِنُ نفسَه: ينُسَبُ إليه.

بخلاف ما إذا أُعتقت المعتدَّةُ عن موتٍ[٢] أو طلاقٍ، فجاءتْ بولدٍ لأكثرَ من ستة أشهرٍ من وقت العتق، ولأقلَّ[٣] من سنتين من وقت الموت أو الطلاق، حيث يكونُ الولدُ مولىً لموالي الأم وإن أُعتِقَ الأبُ؛ لتعذُّر إضافةِ العلوقِ إلىٰ ما بعد موت الأب والطلاقِ البائن: لحُرْمةِ الوطء، وبعدَ الطلاق الرجعي: لِمَا أنه يصيرُ مراجعاً بالشك، فأُسنِدَ إلىٰ حالة النكاح، فكان الولدُ موجوداً عند الإعتاق، فعَتَقَ مقصوداً.

وأنبه هنا إلىٰ أن هذا الحديث ورد في الهداية في أواخر الشهادات، ولم يخرِّجه هناك الزيلعي في نصب الراية ٤/٨٢، وتبعه ابن حجر في الدراية ٢/١٧٢، في حين أنه ورد مرة ثانية هنا في الهداية في كتاب الولاء، وفي هذا المكان من نصب الراية ٤/١٥١ خرَّجه الزيلعي، وتبعه ابن حجر في الدراية.

(١) وفي نسخة: بمنزلة ولد الملاعنة.

(٢) أي موت الزوج. حاشية نسخة ٩٨١هـ.

(٣) هكذا كما أثبتُّ جاء مصحَّحاً في نسخة العلامة سعدي، ونسخة العلامة الأسعدي نسخة ٧٩٨هـ، أما باقي النسخ فجاءت ناقصةً من الجملة الأولىٰ، وهي: لأكثر من ستة أشهر من وقت العتق، وجاء النقص في نسخٍ هكذا: بولدٍ لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق، وفي نسخٍ أخرىٰ: لأكثر من سنتين... الخ.

وفي «الجامع الصغير» : وإذا تزوَّجتْ مُعتَقةٌ بعبدٍ، فولَدَتْ أولاداً، فجنىٰ الأولادُ : فعَقْلُهم علىٰ موالي الأم.

فإن أُعتِق الأبُ العبدُ : جَرَّ وَلاءَ الأولادِ إلىٰ نفسه.

ولا يَرجعون علىٰ عاقلةِ الأبِ بما عَقَلُوا.

(وفي «الجامع الصغير[1]»: وإذا تزوَّجتْ مُعتَقةٌ بعبدٍ، فولَدَتْ أولاداً، فجنىٰ الأولادُ: فعَقْلُهم علىٰ موالي الأم)؛ لأنهم عَتَقوا جميعاً تَبَعاً لأُمِّهم، ولا عاقلةَ لأبيهم، ولا مواليَ، فأُلحِقوا بموالي الأمِّ ضرورةً، كما في ولد الملاعَنة، علىٰ ما ذكرنا.

قال: (فإن أُعتِق الأبُ العبدُ[2] : جَرَّ وَلاءَ الأولادِ إلىٰ نفسه)؛ لِمَا بيَّنَّا.

قال: (ولا يَرجعون علىٰ عاقلةِ الأبِ بما عَقَلُوا)؛ لأنهم حين عَقَلوه: كان الوَلاءُ ثابتاً لهم، وإنما يَثبتُ للأب مقصوداً؛ لأن سببَه مقصودٌ، وهو العِتْقُ.

بخلاف ولدِ الملاعَنةِ إذا عَقَلَ عنه قومُ الأم، ثم أَكذب الملاعِنُ نفسَه، حيث يرجعون عليه؛ لأن النسبَ هنالك يثبتُ مستنِداً إلىٰ وقت العُلُوق، وكانوا مجبورين علىٰ ذلك، فيرجعون.

---

(١) ص١٣٤.

(٢) وفي نُسخ: بدون لفظ: العبدُ. قال في البناية ١٣/٢٨٤ في شرح لفظ: الأب: أراد به العبدَ الذي هو زوجُ المعتَقة المذكورة.

ومَن تزوَّج من العَجَمِ بمعتَقَةٍ من العرب، فولَدَتْ له أولاداً: فوَلاءُ أولادِها لمواليها عند أبي حنيفة رحمه الله.

قال رضي الله عنه: وهو قولُ محمدٍ رحمه الله أيضاً.

قال: (ومَن تزوَّج من العَجَمِ بمعتَقَةٍ من العرب، فولَدَتْ له أولاداً: فوَلاءُ أولادِها لمواليها عند أبي حنيفة رحمه الله.

قال رضي الله عنه: وهو قولُ محمدٍ رحمه الله أيضاً).

وقال أبو يوسف رحمه الله: حُكْمُه حُكْمُ أبيه؛ لأن النسبَ إلىٰ الأب، كما إذا كان الأبُ عربياً.

بخلاف ما إذا كان الأبُ عبداً؛ لأنه هالكٌ معنىً.

ولهما: أن وَلاءَ العَتاقةِ قويٌّ معتَبَرٌ في حَقِّ الأحكام، حتىٰ اعتُبرتِ الكفاءةُ فيه، والنسبُ في حَقِّ العَجَم ضعيفٌ، فإنهم ضيَّعوا أنسابَهم، ولهذا لم تُعتبرِ الكفاءةُ فيما بينهم بالنسب، والقويُّ لا يعارِضُه الضعيفُ.

بخلاف ما إذا كان الأبُ عربياً؛ لأن أنسابَ العرب قويةٌ معتبرةٌ في حُكم الكفاءةِ والعَقْلِ؛ لِمَا أن تناصرَهم بها، فأغْنَتْ عن الوَلاء.

قال رضي الله عنه: الخلافُ في مطلَقِ المُعتَقَةِ، والوضعُ[1] في معتَقَةِ العرب: وَقَعَ اتفاقاً.

---

(١) أي وَضْعُ القدوري هذه المسألةَ في مختصره: وقع علىٰ سبيل الاتفاق، لا القصد. البناية ١٣/٢٨٧.

وفي «الجامع الصغير» : نَبَطِيٌّ كافرٌ تزوَّج بمعتَقَةِ قومٍ كافرةٍ، ثم أسلم النبطيُّ، ووالَىٰ رجلاً، ثم وَلَدَتْ أولاداً : قال أبو حنيفة ومحمدٌ رحمهما الله : مواليهم : موالي أُمِّهم.

وقال أبو يوسف رحمه الله : مواليهم : موالي أبيهم.

ووَلاءُ العَتاقةِ : تعصيبٌ، وهو أحقُّ بالميراث من العمَّة والخالة.

(وفي «الجامع الصغير[1]»: نَبَطِيٌّ كافرٌ تزوَّج بمعتَقَةِ قومٍ كافرةٍ، ثم أسلم النبطيُّ، ووالَىٰ رجلاً، ثم وَلَدَتْ أولاداً: قال أبو حنيفة ومحمدٌ رحمهما الله: مواليهم: موالي أُمِّهم.

وقال أبو يوسف رحمه الله: مواليهم: موالي أبيهم)؛ لأن الوَلاءَ وإن كان أضعفَ: فهو من جانبِ الأبِ أَوْلىٰ، فصار كالمولودِ بين واحدٍ من الموالي وبين العربية.

ولهما: أن وَلاءَ الموالاةِ أضعفُ، حتىٰ يَقبلُ الفسخَ، ووَلاءُ العَتَاقةِ لا يَقبلُه، والضعيفُ لا يَظهرُ في مقابلةِ القويِّ.

وإن كان الأبوان معتَقَيْن: فالنسبةُ إلىٰ قومِ الأبِ؛ لأنهما استويا، والترجيحُ لجانبه؛ لشَبَهِه بالنسب، أو لأنَّ النُّصْرةَ به أكثرُ.

قال: (ووَلاءُ العَتاقةِ: تعصيبٌ، وهو أحقُّ بالميراث من العمَّة والخالة).

لقوله عليه الصلاة والسلام للذي اشترىٰ عبداً، فأعتقه: «هو أخوكَ، ومولاكَ، إن شكَرَكَ: فهو خيرٌ له، وشرٌّ لكَ، وإن كَفَرَكَ: فهو خيرٌ لكَ،

---

(١) ص١٣٣.

فإن كان للمعتَقِ عصبةٌ من النسب : فهو أَوْلىٰ منه.

وشرٌّ له، ولو مات، ولم يتركْ وارثاً: كنتَ أنتَ عصبتَه»[١].

وورَّثَ[٢] ابنةَ حمزةَ رضي الله عنهما علىٰ سبيل العصوبة، مع قيامِ وارثٍ آخَرَ[٣].

وإذا كان عصبةً: يُقدَّمُ علىٰ ذوي الأرحام، وهو المَرويُّ عن علي رضي الله عنه[٤].

قال: (فإن كان للمعتَقِ عصبةٌ من النسب: فهو أَوْلىٰ منه[٥])؛ لأن المعتِقَ آخِرُ العصبات.

وهذا لأن قولَه عليه الصلاة والسلام: «ولم يَترَكْ وارثاً»[٦]: قالوا: المرادُ منه: وارثٌ هو عصبةٌ، بدليل الحديثِ الثاني، فتأخَّر عن العصبة، دون ذوي الأرحام[٧].

---

(١) سنن الدارمي (٣٠٥٥)، سنن البيهقي (١٢٣٨٢)، مرسلاً، الدراية ٢/ ١٩٤.

(٢) أي النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم.

(٣) تقدم الحديث وتخريجه قريباً جداً.

(٤) قال في الدراية ٢/ ١٩٥ : لم أجده.

(٥) أي من المعتِق.

(٦) تقدم.

(٧) جاء هنا في نُسخٍ عديدة تكرارٌ لقوله: فإن كان للمُعتَق عصبةٌ من النسب: فهو أَوْلىٰ من المعتِق؛ لما ذكرنا. اهـ، وقد بيَّن هذا التكرارَ الإمامُ سعدي جلبي في حاشيته علىٰ الهداية بخطه، وشَطَبَ عليه، وكَتَبَ: تكرار، وكذلك شطب عليها في

وإن لم تكنْ له عصبةٌ من النسب: فميراثُه للمعتِقِ.

فإن مات المولىٰ، ثم مات المعتَقُ: فميراثُه لبني المولىٰ، دون بناته؛ لأنه ليس للنساء من الوَلاء إلا ما أعتَقْنَ، أو أعتَقَ مَن أعتَقْنَ، . . . .

قال: (وإن لم تكنْ له عصبةٌ من النسب: فميراثُه للمعتِقِ).

تأويلُه: إذا لم يكن هناك صاحبُ فرضٍ ذو حالٍ[1]، أما إذا كان: فله الباقي بعد فرضه؛ لأنه عصبةٌ، علىٰ ما روينا.

وهذا لأن العصبةَ: مَن يكونُ التناصرُ به؛ لبيتِ النسبة[2]، وبالمَوالي الانتصارُ، علىٰ ما مَرَّ، والعصبةُ تأخذُ ما بقي.

قال: (فإن مات المولىٰ، ثم مات المعتَقُ: فميراثُه لبني المولىٰ، دون بناته؛ لأنه[3] ليس للنساء من الوَلاء إلا ما أعتَقْنَ، أو أعتَقَ مَن أعتَقْنَ،

نسخة ٧٤٢هـ، وهكذا جاء النص بدون تكرار في نسخٍ عديدة، أما العيني في البناية ١٣/ ٢٩٢ فكأنه لم يتنبه رحمه الله للتكرار، وشَرَحَه، وهكذا ترىٰ في تعليل العيني للجملة المكررة نظرٌ يُلحَظ بالتأمل، والله أعلم.

(١) قال في البناية ١٣/ ٢٩٢: ذكروا لهذه الجملة تأويلَيْن: أحدهما: أي ذو حالٍ سوىٰ حال الفرض، كالأب والجد، فإن لهما حالاً سوىٰ حال الفرض، وهي العصوبة، فالمعتِقُ لا يرثُ مع وجودهما، بل الأب أو الجد يأخذ الباقي بعد فرضه.

والثاني: أن معناه: ذو حالٍ واحدٍ، كالبنت، أما إذا كان مثل ذلك: فللمعتِق الباقي بعد فرض ذلك الوارث. اهـ

(٢) أي القبيلة، يقال للقبيلة الواحدة: بيتُ النسبة. البناية ١٣/ ٢٩٢.

(٣) وفي نُسخ: وليس للنساء.

أو كاتَبْنَ، أو كاتَبَ مَن كاتَبْنَ، أو دَبَّرْنَ، أو دبَّرَ مَن دبَّرْنَ.

أو كاتَبْنَ، أو كاتَبَ مَن كاتَبْنَ، أو دَبَّرْنَ، أو دَبَّرَ مَن دَبَّرْنَ).

بهذا اللفظِ وَرَدَ الحديثُ عن النبيِّ صلىٰ الله عليه وسلم، وفي آخِره: «أوْ جَرَّ ولاءً معتَقُهنَّ»(١)، وصورةُ الجرِّ: ما قدَّمناها.

---

(١) نصُّ الحديث: «ليس للنساء من الوَلاء إلا ما أعتقن، أو أعتق مَن أعتقن، أو كاتَبْنَ، أو كاتب مَن كاتَبْنَ، أو دبَّرْنَ، أو دَبَّر مَن دَبَّرن، أو جَرَّ وَلاءً معتَقُهن».

قال في نصب الراية ١٥٤/٤: غريب، وفي الدراية ١٩٥/٢: لم أجده هكذا، وقال العيني في البناية ٢٧/١٠: هذا الحديث لم يثبت. اهـ.

وقد أخرج ذلك البيهقي في سننه ٣٠٦/١٠ عن عمر، وعلي، وابن مسعود، وزيد بن ثابت موقوفاً عليهم رضي الله عنهم، وينظر مصنف ابن أبي شيبة (٣٢١٥٥).

* وقال العلامة قاسم في منية الألمعي ص٤٠٣: ذكره رَزِين العبدري من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم. اهـ

كما قوَّىٰ الحديثَ الحصكفيُّ في الدر المختار ٧٧٩/٦ بما تأيَّد من أقوال الصحابة، نقلاً عن السيد، واعتبره من المشهور، الذي هو عند الحنفية قريب من المتواتر.

ومراده بالسيد: أي الشريف الجرجاني علي بن محمد، ت ٨١٦ هـ، ونصُّه هذا في شرحه علىٰ السراجية في الفرائض، ص ٣٦ (ط العراق).

* ورَزِينٌ هذا: هو رزينُ بنُ معاوية العَبْدري الأندلسي السرقسطي، صاحب كتاب: «تجريد الصحاح» أو: (جامع الصحاح)، الإمامُ المحدِّثُ الشهير، المتوفىٰ سنة ٥٣٥هـ، كما في سير أعلام النبلاء ٢٠٤/٢٠، وقد جَمَعَ فيه الموطأ مع الكتب الخمسة، مجرَّدةَ الأسانيد، وفي نُسَخِه التي اعتمدها زياداتٌ علىٰ النُّسَخ المتداولة من هذه الكتب، كما في مقدمة جامع الأصول ٢٠/١، وذلك لاختلاف النُّسَخ والطُّرُق.

وهذه الزيادات هي مَحَلُّ توقُّفٍ في ثبوتها، وتحتاجُ إلىٰ دراسة، وقد قال عنها

ولو تَرَكَ المولىٰ ابناً، وأولادَ ابنٍ آخَرَ: . . . .

ولأن ثبوتَ المالكيةِ والقوةِ في المعتَقِ من جهتها، فيُنسَبُ بالوَلاء إليها، ويُنسَبُ إليها مَن يُنسَبُ إلىٰ مولاها.

بخلاف النسب؛ لأن سببَ النسبة فيه الفراشُ، وصاحبُ الفراش إنما هو الزوجُ، والمرأةُ مملوكةٌ، لا مالِكَةٌ، وليس حُكمُ ميراثِ المعتَقِ مقصوراً علىٰ بني المولىٰ، بل هو لعصبته، الأقربُ فالأقربُ؛ لأن الولاءَ لا يُورَثُ، ويَخلُفُه فيه مَن تكون النصرةُ به.

حتىٰ لو ترك المولىٰ أباً وابناً: فالولاءُ للابنِ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأنه أقربُهما عُصوبةً.

وكذلك الوَلاءُ للجَدِّ، دونَ الأخ عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه أقربُ في العصوبة عنده.

وكذا الوَلاءُ لابنِ المعتَقَة، حتىٰ يَرثُه، دون أخيها؛ لِمَا ذكرنا، إلا أنَّ عَقْلَ جنايةِ المعتَقِ علىٰ أخيها؛ لأنه من قومِ أبيها، وجنايتُه: كجنايتها.

قال: (ولو تَرَكَ المولىٰ ابناً، وأولادَ ابنٍ آخَرَ)، معناه: بني ابنٍ آخَرَ:

الذهبي في السير ٢٠/٢٠٥: «أدخل كتابَه زيادات واهيةً، لو تَنَزَّهَ عنها: لأَجاد». اهـ

وفي مقابل هذا قال الإمام علي القاري في رسالته: «الحَظُّ الأوفر في الحج الأكبر» ص ٣١٩ (مع مناسكه): «والإمامُ رزين العبدري من كبراء المحدثين، ومن عظماء المخرِّجين، ونقلُه: سَنَدٌ معتمَدٌ عند المحققين». اهـ

فميراثُ المعتَقِ للابن، دون بني الابن؛ لأن الولاءَ للكُبْر.

(فميراثُ المعتَقِ للابن، دون بني الابن؛ لأن الولاءَ للكُبْر).

هو المرويُّ عن عِدَّةٍ من الصحابة رضوانُ الله عنهم، منهم عمرُ، وعليٌّ، وابنُ مسعودٍ، وغيرُهم[1] رضي الله عنهم أجمعين.

ومعناه: القُربُ، على ما قالوا، والصُّلْبِيُّ: أقربُ، والله تعالى أعلم.

* * * * *

---

(١) سنن البيهقي ٣٠٦/١٠، نصب الراية ١٥٤/٤، التلخيص الحبير ٢١٥/٤.

فصلٌ
في وَلاء المُوَالاة

وإذا أسلم رجلٌ علىٰ يدِ رجلٍ، ووالاه علىٰ أن يَرِثَه، ويَعقِلَ عنه، أو أسلَمَ علىٰ يدِ غيرِه، ووالاه : فالوَلاءُ صحيحٌ، وعَقْلُه علىٰ مولاه، فإن مات، ولا وارثَ له غيرُه : فميراثُه للمولىٰ .

فصلٌ
في وَلاء المُوَالاة

قال: (وإذا أسلم رجلٌ علىٰ يدِ رجلٍ، ووالاه علىٰ أن يَرِثَه، ويَعقِلَ عنه، أو أسلَمَ علىٰ يدِ غيرِه، ووالاه: فالوَلاءُ صحيحٌ، وعَقْلُه علىٰ مولاه، فإن مات، ولا وارثَ له غيرُه: فميراثُه للمولىٰ).

وقال الشافعي[١] رحمه الله: الموالاةُ ليست[٢] بشيءٍ؛ لأن فيه[٣] إبطالَ حقِّ بيتِ المال، ولهذا لا تصحُّ[٤] في حَقِّ وارثٍ آخَرَ.

ولهذا لا تصحُّ عنده الوصيةُ بجميع المالِ وإن لم يكن للموصي وارثٌ؛ لِحَقِّ بيتِ المال، وإنما يصحُّ في الثلث.

---

(١) الحاوي الكبير ١١٩/٨.

(٢) وفي نُسخ: ليس. بالتذكير. أي عقد الموالاة.

(٣) أي لأن في التوريث بعقد الموالاة.

(٤) أي الموالاة، وفي نُسخ: يصح. بالتذكير. أي عقد الموالاة.

وإن كان له وارثٌ : فهو أَوْلىٰ منه وإن كانت عمَّةً أو خالةً أو غيرَهما من ذوي الأرحام.

ولنا: قوله تعالىٰ: ﴿ وَٱلَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَـَٔاتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ ﴾. النساء/٣٣، والآيةُ في الموالاة.

وسُئل رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم عن رجلٍ أسلم علىٰ يدِ رجلٍ آخرَ، ووالاه، فقال: «هو أحقُّ الناسِ به، مَحياهُ ومماتُه»[1].

وهذا يُشير إلىٰ أنَّ العَقْلِ والإرثِ في الحالتَيْن هاتين.

ولأنَّ مالَه: حَقُّه، فيَصرِفُه إلىٰ حيث يشاء، والصرفُ إلىٰ بيت المالِ ضرورةَ عدمِ المستَحِقِّ، لا أنه مستَحِقٌّ.

قال: (وإن كان له وارثٌ: فهو أَوْلىٰ منه وإن كانت عمَّةً أو خالةً أو غيرَهما من ذوي الأرحام)؛ لأن الموالاةَ عقدُهما، فلا يلزمُ غيرَهما، وذو الرَّحِمِ وارثٌ.

ولا بدَّ من شَرْطِ الإرثِ والعَقْلِ، كما ذُكِرَ في «الكتاب[2]»؛ لأنه بالالتزام، وهو بالشرط، ومِن شَرْطِه: أن لا يكونَ المولىٰ من العرب؛ لأن تناصُرَهم بالقبائل، فأغنىٰ عن الموالاة.

---

(١) سنن أبي داود (٢٩١٨)، وسكت عنه، سنن الترمذي (٢١١٢)، سنن ابن ماجه (٢٧٥٢)، الدراية ٢/١٩٥.

(٢) أي مختصر القدوري. البناية ١٣/٣٠٤.

وللمولىٰ أن ينتقلَ عنه بوَلائه إلىٰ غيرِه ما لم يَعقِلْ عنه.

وإذا عَقَلَ عنه: لم يكن له أن يتحوَّلَ بوَلائه إلىٰ غيره.

وليس لمولىٰ العَتاقة أن يواليَ أحداً.

قال: (وللمولىٰ أن ينتقلَ عنه بوَلائه إلىٰ غيرِه ما لم يَعقِلْ عنه)؛ لأنه عقدٌ غيرُ لازمٍ، بمنزلة الوصية.

وكذا للأعلىٰ أن يتبرَّأ عن وَلائه؛ لعدم اللزوم، إلا أنه يُشترطُ في هذا: أن يكونَ بمَحضَرٍ من الآخَر، كما في عَزْل الوكيل قصداً.

بخلاف ما إذا عَقَدَ الأسفلُ مع غيره بغير مَحضَرٍ من الأول؛ لأنه فَسْخٌ حُكميٌّ، بمنزلة العَزْلِ الحُكمي في الوكالة.

قال: (وإذا عَقَلَ عنه: لم يكن له أن يتحوَّلَ بوَلائه إلىٰ غيره)؛ لأنه تعلَّقَ به حَقُّ الغير، ولأنه قضىٰ به القاضي.

ولأنه بمنزلة عِوَضٍ ناله، كالعوض في الهبة.

وكذا لا يَتحوَّلُ ولدُه.

وكذا إذا عَقَلَ عن ولده: لم يكن لكلٍّ واحدٍ منهما أن يتحوَّل؛ لأنهم في حَقِّ الولاء: كشخصٍ واحد.

قال: (وليس لمولىٰ العَتاقة أن يواليَ أحداً)؛ لأنه لازمٌ، ومع بقائه: لا يَظهر الأدنىٰ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

كتاب الإكراه

الإكراهُ يثبتُ حُكْمُه إذا حَصَلَ ممَّن يَقدِرُ علىٰ إيقاعِ ما تَوعَّدَ به، سلطاناً كان أو لِصّاً.

كتاب الإكراه

قال: (الإكراهُ يثبتُ حُكْمُه إذا حَصَلَ ممَّن يَقدِرُ علىٰ إيقاعِ ما تَوعَّدَ به، سلطاناً كان أو لِصّاً).

لأن الإكراهَ اسمٌ لفعلٍ يفعلُه المرءُ بغيره، فينتفي به رضاه، أو يَفسُدُ به اختيارُه، مع بقاءِ أهليَّتِه.

وهذا إنما يتحقَّقُ إذا خاف المكرَهُ تحقيقَ ما تُوُعِّدَ به، وذلك إنما يكون من القادر، والسلطانُ وغيرُه: سِيَّانٌ عند تحقُّق القدرة.

والذي قاله أبو حنيفة رحمه الله: إن الإكراهَ لا يتحقَّقُ إلا من السلطان: لِمَا أن المَنَعَةَ له، والقدرةُ لا تتحقَّقُ بدون المَنَعَة، فقد قالوا[1]: هذا اختلافُ عصرٍ وزمانٍ، لا اختلافُ حُجَّةٍ وبرهان، ولم تكنِ القدرةُ في زمنه إلا للسلطان، ثم بعد ذلك تغيَّرَ الزمانُ وأهلُه.

ثم كما تُشترطُ قدرةُ المُكرِه لتحقُّق الإكراه: يُشترطُ خوفُ المكرَه وقوعَ ما يُهَدَّدُ به، وذلك بأن يَغلِبَ علىٰ ظَنِّه أنه يفعلُه؛ ليصيرَ به محمولاً علىٰ ما دُعِيَ إليه من الفعل.

---

(١) أي المشايخ.

وإذا أُكرِهَ الرجلُ علىٰ بيع مالِه، أو علىٰ شراءِ سلعةٍ، أو علىٰ أن يُقِرَّ لرجلٍ بألف درهمٍ، أو يؤاجِرَ دارَه، فأُكرِه علىٰ ذلك بالقتل، أو بالضرب الشديد، أو بالحَبْس، فباع أو اشترىٰ: فهو بالخيار: إن شاء أمضىٰ البيعَ، وإن شاء فَسَخَه، ورَجَعَ بالمَبيع.

قال: (وإذا أُكرِهَ الرجلُ علىٰ بيع مالِه، أو علىٰ شراءِ سلعةٍ، أو علىٰ أن يُقِرَّ لرجلٍ بألفِ درهمٍ، أو يؤاجِرَ دارَه، فأُكرِه علىٰ ذلك بالقتل، أو بالضرب الشديد، أو بالحَبْس، فباع أو اشترىٰ: فهو بالخيار: إن شاء أمضىٰ البيعَ، وإن شاء فَسَخَه، ورَجَعَ بالمَبيع)؛ لأنَّ مِن شَرْطِ صحةِ هذه العقود: التراضي.

قال الله تعالىٰ: ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾. النساء/٢٩.

والإكراهُ بهذه الأشياء: يُعْدِمُ الرضا، فيُفسِدُها[١].

بخلاف ما إذا أُكرِه بضربِ سَوْطٍ، أو حَبْسِ يومٍ، أو قَيْدِ يومٍ؛ لأنه لا يُبالَىٰ به بالنظر إلىٰ العادة، فلا يَتحقَّقُ به الإكراهُ، إلا إذا كان الرجلُ صاحبَ مَنْصِبٍ يُعلَمُ أنه يَستضِرُّ به؛ لفوات الرضا.

وكذا الإقرارُ حُجَّةٌ؛ لترجُّح جَنَبَةِ الصِّدْقِ فيه علىٰ جَنَبَة الكذب، وعند الإكراه: يَحتملُ أنه يكذبُ لدفع المَضرَّة.

ثم إذا باع مُكرَهاً، وسَلَّم مُكْرَهاً: يَثبتُ به الملكُ[٢] عندنا.

---

(١) أي هذه العقود.

(٢) أي الملك الفاسد.

. . . .

وعند زفر رحمه الله: لا يَثبتُ؛ لأنه بيعٌ موقوفٌ علىٰ الإجازة، ألا ترىٰ أنه لو أجاز: جاز، والموقوفُ قبل الإجازة: لا يُفيدُ الملك.

ولنا: أنَّ ركنَ البيع[١] صَدَرَ من أهله، مُضافاً إلىٰ مَحَلِّه، والفسادُ لفَقْد شَرْطِه، وهو التراضي، فصار كسائر الشروطِ المفسِدة، فيَثبتُ الملكُ عند القبض، حتىٰ لو قَبَضَه، وأعتقه، أو تصرَّف فيه تصرُّفاً لا يمكنُ نَقْضُه[٢]: جاز.

وتَلْزَمُه القيمةُ، كما في سائر البِيَاعات الفاسدة.

وبإجازة المالك: يَرتفعُ المُفسِدُ، وهو الإكراهُ، وعدمُ الرضا، فيجوز، إلا أنه لا يَنقطعُ به حَقُّ استردادِ البائعِ وإن تداولَتْه الأيدي، ولم يرضَ البائعُ بذلك.

بخلاف سائرِ البياعات الفاسدة؛ لأن الفسادَ فيها لِحَقِّ الشرع، وقد تعلَّقَ بالبيع الثاني حَقُّ العبد، وحَقُّه مقدَّمٌ؛ لحاجته، أما ها هنا: الردُّ لِحَقِّ العبدِ، وهما سواءٌ، فلا يَبطلُ حقُّ الأولِ لحَقِّ الثاني.

قال رضي الله تعالىٰ عنه: ومَن جَعَلَ البيعَ الجائزَ المعتادَ بيعاً فاسداً: يجعلُه كبيع المكرَه، حتىٰ يُنقَضُ به بيعُ المشتري من غيره؛ لأن الفسادَ لفوات الرضا.

---

(١) وفي نُسخ: التصرف.

(٢) كالتدبير والكتابة والاستيلاد.

فإن كان قَبَضَ الثمنَ طَوْعاً : فقد أجاز البيعَ .

فإن قَبَضَه مُكرَهاً : فليس ذلك بإجازةٍ، وعليه ردُّه إن كان قائماً في يده .

وإن هَلَكَ المَبيعُ في يدِ المشتري، وهو غيرُ مُكرَهٍ : ضَمِنَ قيمتَه للبائع .

ومنهم مَن جَعَلَه رهناً لقصد المتعاقدَيْن.

ومنهم مَن جَعَلَه باطلاً؛ اعتباراً بالهازِل.

ومشايخُ سَمَرْقَنْد رحمهم الله جعلوه بيعاً جائزاً مفيداً بعضَ الأحكام، علىٰ ما هو المعتادُ؛ للحاجة إليه.

قال: (فإن كان قَبَضَ الثمنَ طَوْعاً: فقد أجاز البيعَ)؛ لأنه دليل الإجازة، كما في البيع الموقوف.

وكذا إذا سَلَّم طائعاً، بأن كان الإكراهُ علىٰ البيع، لا علىٰ الدفع؛ لأنه دليلُ الإجازة.

بخلاف ما إذا أُكره علىٰ الهبة، ولم يَذكُرِ الدفعَ، فوَهَبَ ودَفَعَ، حيث يكون باطلاً؛ لأن مقصودَ المكرِه: الاستحقاقُ، لا مجرَّدُ اللفظ، وذلك في الهبة: بالدفع، وفي البيع: بالعقد، علىٰ ما هو الأصلُ، فدخل الدفعُ في الإكراه علىٰ الهبة، دون البيع.

قال: (فإن قَبَضَه مُكرَهاً: فليس ذلك بإجازةٍ، وعليه ردُّه إن كان قائماً في يده)؛ لفساد العقد.

قال: (وإن هَلَكَ المَبيعُ في يدِ المشتري، وهو غيرُ مُكرَهٍ: ضَمِنَ قيمتَه للبائع)، معناه: والبائعُ مكرَهٌ؛ لأنه مضمونٌ عليه بحُكم عقدٍ فاسدٍ.

وللمُكرَه أن يُضمِّنَ المكرِهَ إن شاء.

قال: (وللمُكرَه(١) أن يُضمِّنَ المكرِهَ إن شاء)؛ لأنه آلةٌ له فيما يرجعُ إلىٰ الإتلاف، فكأنه دَفَعَ مالَ البائعِ إلىٰ المشتري، فيُضَمِّنُ أيَّهما شاءَ، كالغاصب، وغاصبِ الغاصب.

فلو ضَمَّنَ المكرِهَ: رَجَعَ علىٰ المشتري بالقيمة؛ لقيامِه مقامَ البائع.

وإن ضَمَّنَ المشتريَ: نَفَذَ كلُّ شراءٍ كان بعد شرائه لو تناسخَتْه العقودُ؛ لأنه مَلَكَه بالضمان، فظَهَرَ أنه باع مِلكَه، ولا يَنفُذُ ما كان قبلَه؛ لأن الاستنادَ إلىٰ وقتِ قَبْضِه.

بخلاف ما إذا أجاز المالكُ المكرَهُ عقداً منها، حيثُ يجوزُ ما قبلَه، وما بعده؛ لأنه أسقط حَقَّه، وهو المانعُ، فعاد الكلُّ إلىٰ الجواز، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

فصلٌ

وإن أُكرِهَ علىٰ أن يأكلَ الميتةَ، أو يَشرَبَ الخمرَ، وأُكرِه علىٰ ذلك بحَبْسٍ، أو ضَرْبٍ، أو قَيْدٍ: لم يَحِلَّ له، إلا أن يُكرَه بما يَخافُ منه علىٰ نفسِه، أو علىٰ عضوٍ من أعضائه، فإذا خاف ذلك: وَسِعَه أن يُقْدِمَ علىٰ ما أُكرِه عليه .

فصلٌ

الإكراهُ الواقعُ في حقوق الله عزَّ وجلَّ

قال: (وإن أُكرِهَ علىٰ أن يأكلَ الميتةَ، أو يَشرَبَ الخمرَ، وأُكرِه علىٰ ذلك بحَبْسٍ، أو ضَرْبٍ، أو قَيْدٍ: لم يَحِلَّ له، إلا أن يُكرَه بما يَخافُ منه علىٰ نفسِه، أو علىٰ عضوٍ من أعضائه، فإذا خاف ذلك: وَسِعَه أن يُقْدِمَ علىٰ ما أُكرِه عليه).

وكذا علىٰ هذا: الدمُ، ولحمُ الخنزير[1]؛ لأنَّ تناوُلَ هذه المحرَّماتِ إنما يُباحُ عند الضرورة، كما في المَخْمَصة[2]؛ لقيام المُحَرِّم فيما وراءَها، ولا ضرورةَ، إلا إذا خاف علىٰ النفسِ، أو علىٰ العضو.

حتىٰ لو خِيفَ علىٰ ذلك بالضرب، وغَلَبَ علىٰ ظنِّه: يُباحُ له ذلك.

---

(١) أي وكذا الحكم لو أُكره علىٰ شرب الدم، وأكل لحم الخنزير.

(٢) أي المجاعة.

ولا يَسَعُه أن يَصبِرَ علىٰ ما تُوُعِّدَ به، فإن صَبَرَ حتىٰ أَوْقَعوا به، ولم يأكل: فهو آثِمٌ.

وإن أُكرِهَ علىٰ الكفرِ بالله تعالىٰ، والعياذُ بالله، أو سَبِّ رسولِ الله صلىٰ الله عليه وسلم بقَيْدٍ أو حَبْسٍ أو ضَرْبٍ: لم يكن ذلك إكراهاً، حتىٰ يُكرَهَ بأمرٍ يَخافُ منه علىٰ نفسِه، أو علىٰ عضوٍ من أعضائه.

قال: (ولا يَسَعُه أن يَصبِرَ علىٰ ما تُوُعِّدَ به، فإن صَبَرَ حتىٰ أَوْقَعوا به، ولم يأكل: فهو آثِمٌ)؛ لأنه لَمَّا أُبيحَ: كان بالامتناع معاوِناً لغيره علىٰ إهلاكِ نفسِه، فيأثمُ، كما في حالة المَخْمَصة.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يأثمُ؛ لأنه رخصةٌ، إذِ الحُرمةُ قائمةٌ، فيكون آخِذاً بالعزيمة.

قلنا: حالةُ الاضطرارِ مستثناةٌ بالنَّصِّ[١]، وهو تكلُّمٌ بالحاصل بعد الثُّنْيا، فيكون امتناعُه من التناول: كامتناعه من تناولِ الطعامِ الحلال، فلا مُحَرِّمَ، فكان إباحةً، لا رخصةً، إلا أنه إنما يأثمُ إذا عَلِمَ بالإباحة في هذه الحالة ولم يفعل؛ لأن في انكشافِ الحُرمةِ خَفَاءً، فيُعذَرُ بالجهل فيه، كالجهل بالخِطابِ في أول الإسلام، أو في دارِ الحرب.

قال: (وإن أُكرِهَ علىٰ الكفرِ بالله تعالىٰ، والعياذُ بالله، أو سَبِّ رسولِ الله صلىٰ الله عليه وسلم بقَيْدٍ أو حَبْسٍ أو ضَرْبٍ: لم يكن ذلك إكراهاً، حتىٰ يُكرَهَ بأمرٍ يَخافُ منه علىٰ نفسِه، أو علىٰ عضوٍ من أعضائه).

---

(١) وهو قوله تعالىٰ: ﴿ إِلَّا مَا ٱضۡطُرِرۡتُمۡ إِلَيۡهِ ﴾. الأنعام/١١٩.

فإذا خاف علىٰ ذلك : وَسِعَه أن يُظهِرَ ما أَمَروه به، ويُورِّيَ به، فإن أظهرَ ذلك وقلبُه مُطمئِنٌّ بالإيمان : فلا إثمَ عليه .

لأن الإكراهَ بهذه الأشياءِ ليس بإكراهٍ في شُرْبِ الخمر؛ لِمَا مَرَّ، ففي الكفر وحُرمتُه[1] أشدُّ: أَوْلىٰ وأَحْرىٰ.

قال: (فإذا خاف علىٰ ذلك[2]: وَسِعَه أن يُظهِرَ ما أَمَروه به، ويُورِّيَ[3] به، فإن أظهرَ ذلك وقلبُه مُطمئِنٌّ بالإيمان: فلا إثمَ عليه).

لحديثِ عمَّارَ بنِ ياسرٍ رضي الله عنه حيث ابتُلي به، وقد قال له النبيُّ عليه الصلاة والسلام: «كيف وجدتَ قلبَكَ؟». قال: مطمئنًّا بالإيمان، فقال عليه الصلاة والسلام: «فإن عادوا: فعُدْ[4]»[5].

وفيه نَزَلَ قولُه تعالىٰ: ﴿ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ ﴾. الآية النحل/١٠٦.

---

(١) الواو في قوله: وحرمتُه: واو الحال.

(٢) أي علىٰ نفسه، أو علىٰ عضو من أعضائه.

(٣) أي أن يُظهِر خلافَ ما أضمر.

(٤) أي فإن عادوا للإكراه: فعُدْ لإجراء كلمة الكفر ظاهراً مع طمأنينة القلب بالإيمان، وقيل: عُد للطمأنينة فقط. ينظر البناية ٣٢٣/١٣.

(٥) المستدرك (٣٣٦٢)، سنن البيهقي (١٦٨٩٦)، أسباب النزول للواحدي ص٣٢٦، التفسير الكبير ١٢١/٢٠، فتح الباري ٢٦٢/١٢، وأورد طرقه، فبعضها مرسل، ولكن رجاله ثقات، وبعضها ضعيف، ثم قال ابن حجر: وهذه المراسيل تقوىٰ بعضها ببعض، وينظر الدراية ١٩٧/٢، التعريف والإخبار ٣٦٨/٢.

فإن صَبَرَ حتىٰ قُتِلَ، ولم يُظْهِرِ الكفرَ: كان مأجوراً.

وإن أُكره علىٰ إتلافِ مالِ مسلمٍ بأمرٍ يَخافُ منه علىٰ نفسِه، أو علىٰ عضوٍ من أعضائه: وَسِعَه أن يفعلَ ذلك.

ولصاحبِ المالِ أن يُضمِّنَ المُكرِهَ.

ولأنَّ بهذا الإظهارِ لا يفوتُ الإيمانُ حقيقةً؛ لقيام التصديق، وفي الامتناع: فَوْتُ النفسِ حقيقةً، فيَسَعُه المَيْلُ إليه.

قال: (فإن صَبَرَ حتىٰ قُتِلَ، ولم يُظْهِرِ الكفرَ: كان مأجوراً)؛ لأن خُبَيْباً رضي الله عنه صَبَرَ علىٰ ذلك حتىٰ صُلِبَ، وسمَّاه رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم: «سيدَ الشهداء»، وقال في مثلِه: «هو رفيقي في الجنة»[1].

ولأن الحُرمةَ باقيةٌ، والامتناعُ لإعزازِ الدِّين: عزيمةٌ، بخلاف ما تقدَّم؛ للاستثناء.

قال: (وإن أُكره علىٰ إتلافِ مالِ مسلمٍ بأمرٍ يَخافُ منه علىٰ نفسه، أو علىٰ عضوٍ من أعضائه: وَسِعَه أن يفعلَ ذلك)؛ لأن مالَ الغير يُستباحُ للضرورة، كما في حالة المَخْمَصة، وقد تحقَّقت.

(ولصاحبِ المالِ أن يُضمِّنَ المُكرِهَ)؛ لأن المُكرَهَ آلةٌ للمُكرِهِ فيما يصلحُ آلةً له، والإتلافُ من هذا القَبِيل.

---

(١) مغازي الواقدي ١/٣٦٠، وأصله في البخاري (٤٠٨٦).

قال في الدراية ٢/١٩٧ عن قوله: سيد الشهداء، وقوله: هو رفيقي في الجنة: لم أجده، وكذلك في التعريف والإخبار ٢/٣٦٩.

وإن أُكره بقَتْلٍ علىٰ قَتْلِ غيرِه : لم يَسَعْه أن يُقْدِمَ عليه، ويصبرُ حتىٰ يُقتَلَ، فإن قَتَلَه : كان آثِماً.

والقصاصُ علىٰ المكرِه إن كان القتلُ عمداً.

قال رضي الله عنه : وهذا عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

قال: (وإن أُكره بقَتْلٍ علىٰ قَتْلِ غيرِه: لم يَسَعْه أن يُقْدِمَ عليه، ويصبرُ حتىٰ يُقتَلَ، فإن قَتَلَه: كان آثِماً)؛ لأن قَتْلَ المسلمِ مما لا يُستباحُ لضرورةٍ ما، فكذا لهذه الضرورة.

قال: (والقصاصُ علىٰ المكرِه إن كان القتلُ عمداً.

قال رضي الله عنه: وهذا عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله).

وقال زفر رحمه الله: يجبُ علىٰ المكرَه.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يجبُ عليهما.

وقال الشافعي[1] رحمه الله: يجبُ عليهما.

لزفر رحمه الله: أن الفعلَ من المكرَه حقيقةً وحِسّاً، وقرَّرَ الشرعُ حُكْمَه عليه، وهو الإثمُ.

بخلاف الإكراهِ علىٰ إتلافِ مالِ الغير؛ لأنه سَقَطَ حُكْمُه، وهو الإثمُ، فأُضيفَ إلىٰ غيره.

---

(١) المهذب ١٧٨/٣.

وإن أكرهه علىٰ طلاقِ امرأتِه، أو عِتْقِ عبدِه، ففعَلَ: وَقَعَ ما أُكرِه عليه عندنا.

وبهذا يَتمسَّكُ الشافعيُّ رحمه الله في جانب المكرَه، ويُوجِبُه علىٰ المكرِه أيضاً؛ لوجود التسبيبِ إلىٰ القتل منه، وللتسبيب في هذا: حُكْمُ المباشرة عنده، كما في شهودِ القصاص.

ولأبي يوسف رحمه الله: أن القتلَ بقيَ مقصوراً علىٰ المكرَه من وجهٍ؛ نظراً إلىٰ التأثيم، وأُضيفَ إلىٰ المكرِه من وجهٍ؛ نظراً إلىٰ الحَمْل[1]، فدخلتِ الشبهةُ في كلِّ جانبٍ.

ولهما: أنه محمولٌ علىٰ القتل بطَبْعه؛ إيثاراً لحياته، فيصيرُ آلةً للمكرِه فيما يَصلُحُ آلةً له، وهو القتلُ، بأن يُلقِيَه عليه، ولا يَصلُحُ آلةً له في الجناية علىٰ دِيْنه، فيبقىٰ الفعلُ مقصوراً عليه في حَقِّ الإثم، كما نقولُ في الإكراه علىٰ الإعتاق.

وفي إكراه المجوسيِّ علىٰ ذَبْحِ شاةِ الغير: ينتقلُ الفعلُ إلىٰ المكرِه في الإتلاف، دونَ الذكاة، حتىٰ يَحرُمُ، كذا هذا.

قال: (وإن أكرهه علىٰ طلاقِ امرأتِه، أو عِتْقِ عبدِه، ففعَلَ: وَقَعَ ما أُكرِه عليه عندنا).

خلافاً للشافعي[2] رحمه الله، وقد مَرَّ في الطلاق.

---

(١) أي حمل المكره عليه.

(٢) الحاوي الكبير ١٠/٤٢١.

ويَرجعُ علىٰ الذي أكرهه بقيمةِ العبد.

و بنصفِ مهرِ المرأةِ إن كان قبلَ الدخول بها.

قال: (ويَرجعُ علىٰ الذي أكرهه بقيمةِ العبد)؛ لأنه صَلُحَ آلةً له فيه، من حيثُ الإتلافُ، فانضافَ إليه، فله أن يُضَمِّنَه، موسراً كان أو معسراً.

ولا سعايةَ علىٰ العبد؛ لأن السعايةَ إنما تجبُ للتخريج إلىٰ الحرية، أو لتَعَلُّقِ حَقِّ الغير، ولم يوجَد واحدٌ منهما.

ولا يرجعُ المكرِهُ علىٰ العبدِ بالضمان؛ لأنه هو[1] مؤاخَذٌ بإتلافه.

قال: (و) يَرجعُ (بنصفِ مهرِ المرأةِ إن كان قبلَ الدخول بها).

وإن لم يكن في العقدِ مسمًّىً: يَرجعُ علىٰ المكرِه بما لَزِمَه من المُتْعة[2]؛ لأنَّ ما عليه[3]: كان علىٰ شرف السقوط، بأن جاءت الفُرقة من قِبَلِها، وإنما يتأكَّدُ بالطلاق، فكان إتلافاً للمال من هذا الوجه، فيُضاف إلىٰ المكرِه، من حيثُ إنه إتلافٌ.

بخلاف ما إذا دَخَلَ بها؛ لأن المهرَ قد تقرَّر بالدخول، لا بالطلاق.

ولو أُكرِه علىٰ التوكيل بالطلاقِ والعَتاق، ففَعَلَ الوكيلُ: جاز استحساناً، لأن الإكراهَ يؤَثِّرُ في فسادِ العقد، والوكالةُ لا تَبطلُ بالشروط الفاسدة.

---

(١) أي المكرِه.

(٢) وهي ثلاثة أثوابٍ من كسوة مثلِها، وهي: دِرعٌ وخِمارٌ ومِلحفةٌ، كما تقدم في النكاح.

(٣) أي ما علىٰ الزوج.

وإن أكرهه علىٰ الزنا : وجب عليه الحدُّ عند أبي حنيفة رحمه الله، إلا أن يُكرِهَه السلطانُ.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله : لا يلزمُه الحدُّ، وهو قول زفر رحمه الله.

ويَرجع علىٰ المكرِه؛ استحساناً؛ لأن مقصودَ المكرِه زوالُ ملكِه إذا باشر الوكيلُ، والنذرُ لا يعملُ فيه الإكراهُ؛ لأنه لا يحتملُ الفسخَ.

ولا رجوعَ له علىٰ المكرِه بما لَزِمَه؛ لأنه لا مطالِبَ له في الدنيا، فلا يطالَبُ به فيها.

وكذا اليمينُ والظهارُ لا يَعمل فيهما الإكراهُ؛ لعدم احتمالِهما الفسخَ.

وكذا الرجعةُ، والإيلاءُ، والفيءُ فيه باللسان؛ لأنها تصحُّ مع الهَزْل.

والخلعُ من جانبه: طلاقٌ، أو يمينٌ لا يَعملُ فيه الإكراه، فلو كان هو مكرَهاً علىٰ الخلع، دونَها: لَزِمَها البدلُ؛ لرضاها بالالتزام.

قال: (وإن أكرهه علىٰ الزنا: وجب عليه الحدُّ عند أبي حنيفة رحمه الله، إلا أن يُكرِهَه السلطانُ.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: لا يلزمُه الحدُّ، وهو قول زفر رحمه الله)[١].

---

(١) جاء هنا في طبعات الهداية القديمة زيادة في الهداية كما يلي: وقد ذكرناه في الحدود.

وإذا أُكره علىٰ الرِّدَّة : لم تَبِنِ امرأتُه منه .

قال: (وإذا أُكره علىٰ الرِّدَّة: لم تَبِنِ امرأتُه منه)؛ لأن الردَّةَ تتعلَّقُ بالاعتقاد، ألا ترىٰ أنه لو كان قلبُه مطمئنًّاً بالإيمان: لا يُكفَر، وفي اعتقاده الكفرَ: شكٌّ، فلا تثبتُ البينونةُ بالشك.

فإن قالتِ المرأةُ: قد بِنْتُ منكَ، وقال هو: قد أظهرتُ ذلك وقلبي مطمئنٌّ بالإيمان: فالقولُ قولُه؛ استحساناً؛ لأن اللفظَ غيرُ موضوعٍ للفُرقة، وهي بتبدُّل الاعتقاد، ومع الإكراهِ لا يدلُّ علىٰ التبدُّل، فكان القولُ قولَه.

بخلاف الإكراه علىٰ الإسلام، حيث يصيرُ به مسلماً؛ لأنه لَمَّا احتَمَلَ واحتمل[1]: رجَّحْنا الإسلامَ في الحالَيْن[2]؛ لأنه يَعلو ولا يُعلىٰ.

وهذا بيانُ الحُكْم، أما فيما بينه وبين الله تعالىٰ إذا لم يعتقِدْه: فليس بمسلمٍ.

ولو أُكرِهَ علىٰ الإسلام حتىٰ حُكِمَ بإسلامه، ثم رَجَعَ: لم يُقتَل؛ لتمكُّن الشبهة، وهي دارئةٌ للقتل.

ولو قال الذي أُكرِه علىٰ إجراءِ كلمةِ الكفر: أَخبرتُ عن أَمْرٍ ماضٍ، ولم أكن فعلتُ: بانَتْ منه حُكماً؛ لا ديانةً؛ لأنه أقرَّ أنه طائعٌ بإتيان ما لم يُكرَه عليه، وحُكْمُ هذا الطائع ما ذكرناه.

---

(١) أي لمَّا احتمل كفرَه، واحتمل الإسلامَ.

(٢) أي الإكراه علىٰ الردة، والإكراه علىٰ الإسلام.

. . . .

ولو قال: أردتُ ما طُلِبَ مني، وقد خَطَرَ ببالي الخبرُ عما مضىٰ: بانت ديانةً وقضاءً، لأنه أقرَّ أنه مبتدئٌ بالكفر، هازِلٌ به، حيثُ عَلِمَ لنفسه مَخلَصاً غيرُه.

وعلىٰ هذا إذا أُكره علىٰ الصلاة للصليب، وسَبِّ محمدٍ النبيِّ عليه الصلاة والسلام، ففَعَلَ، وقال: نويتُ به الصلاةَ لله تعالىٰ، ومحمداً آخَرَ غيرَ النبيِّ عليه الصلاة والسلام: بانَتْ منه قضاءً، لا ديانةً.

ولو صلىٰ للصليب، وسَبَّ محمداً النبيَّ عليه الصلاة والسلام، وقد خَطَرَ ببالِه الصلاةُ لله تعالىٰ، وسَبُّ غيرِ النبيِّ عليه الصلاة والسلام: بانت منه ديانةً وقضاءً؛ لِمَا مَرَّ، وقد قرَّرناه زيادةً علىٰ هذا في «كفاية المنتهي»، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

كتاب الحَجْر

الأسبابُ الموجِبَةُ للحَجْر ثلاثةٌ : الصِّغَرُ، والرِّقُّ، والجنونُ.

فلا يجوزُ تصرُّفُ الصغيرِ إلا بإذن وليِّه، ولا تصرُّفُ العبدِ إلا بإذن سيِّدِه، ولا يجوز تصرُّفُ المجنونِ المغلوبِ بحالٍ.

وَمن باع مِن هؤلاء شيئاً، أو اشترىٰ، وهو يَعقِلُ البيعَ، ويَقصِدُه : فالوليُّ بالخيار : إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحةٌ، وإن شاء فَسَخَه.

كتاب الحَجْر

قال: (الأسبابُ الموجِبَةُ للحَجْر ثلاثةٌ: الصِّغَرُ، والرِّقُّ، والجنونُ.

فلا يجوزُ تصرُّفُ الصغيرِ إلا بإذن وليِّه، ولا تصرُّفُ العبدِ إلا بإذن سيِّدِه، ولا يجوز تصرُّفُ المجنونِ المغلوبِ بحالٍ).

أما الصغيرُ: فلنُقْصانِ عَقْلِه، غيرَ أن إذنَ الوليِّ آيةُ أهليته.

والرِّقُّ: لرعاية حَقِّ المولىٰ؛ كي لا تتعطَّلَ منافعُ عبدِه، ولا تُملَكُ رقبتُه بتعلُّق الدَّين به، غيرَ أن المولىٰ بالإذن: رضيَ بفوات حَقِّه.

والجنونُ: لا تجامِعُه الأهليةُ، فلا يجوزُ تصرُّفه بحالٍ.

أما العبدُ: فأهلٌ في نفسِه، والصبيُّ: تُرتَقَبُ أهليتُه، فلهذا وَقَعَ الفرقُ.

قال: (وَمن باع مِن هؤلاء شيئاً، أو اشترىٰ، وهو يَعقِلُ البيعَ، ويَقصِدُه: فالوليُّ بالخيار: إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحةٌ، وإن شاء فَسَخَه)؛ لأن التوقُّفَ في العبد لحَقِّ المولىٰ، فيتخيَّرُ فيه، وفي الصبيِّ

وهذه المعاني الثلاثةُ توجِبُ الحَجْرَ في الأقوال، دون الأفعال.

والمجنونِ نظراً لهما، فيَتحرَّىٰ مصلحتَهما فيه.

ولا بدَّ أن يَعقِلا البيعَ؛ ليوجِدَ ركنُ العقدِ، فينعقدَ موقوفاً علىٰ الإجازة.

والمجنونُ قد يعقِلُ البيعَ، ويَقصِدُه وإن كان لا يُرجِّحُ المصلحةَ علىٰ المفسدة، وهو المعتوهُ[1] الذي يصلُحُ وكيلاً عن غيره، كما بيَّنَّا في الوكالة.

فإن قيل: التوقُّفُ عندكم في البيع، أما الشراءُ: فالأصلُ فيه النفاذُ علىٰ المباشِر.

قلنا: نعم إذا وَجَدَ نفاذاً عليه، كما في شراء الفضولي، وها هنا لم نجد نفاذاً؛ لعدم الأهلية، أو لضررِ المولىٰ، فوَقَفْناه.

قال: (وهذه المعاني الثلاثةُ توجِبُ الحَجْرَ في الأقوال، دون الأفعال)؛ لأنه لا مَرَدَّ لها؛ لوجودِها حِسَّاً ومشاهدةً، بخلاف الأقوال؛ لأن اعتبارَها موجودةٌ: بالشرع[2]، والقصدُ: من شَرْطه[3].

إلا إذا كان فعلاً يتعلَّقُ به حُكْمٌ يندرئُ بالشبهات، كالحدود والقصاص، فيُجعَلُ عدمُ القصدِ في ذلك شبهةً في حَقِّ الصبيِّ والمجنون.

---

(١) أي ناقص العقل، قليل الفهم، ولكن يصلح أن يكون وكيلاً عن الغير.

(٢) أراد أن اعتبار أقوال هؤلاء بالشرع. البناية ١٣/٣٥٠.

(٣) أي القصد من شرط ذلك الاعتبار، وليس للصبي والمجنون قصدٌ؛ لقصور العقل، فينتفي المشروط به. البناية ١٣/٣٥٠.

والصبيُّ والمجنونُ لا تصحُّ عقودُهما، ولا إقرارُهما.

ولا يقعُ طلاقُهما، ولا عَتَاقُهما.

وإن أتلفا شيئاً: لَزِمَهما ضمانُه.

قال: (والصبيُّ والمجنونُ لا تصحُّ عقودُهما، ولا إقرارُهما)؛ لِمَا بيَّنَّا.

(ولا يقعُ طلاقُهما، ولا عَتَاقُهما)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «كلُّ طلاقٍ واقعٌ، إلا طلاقَ الصبيِّ والمجنونِ والمعتوه»[1].

والإعتاقُ يتمحَّضُ مَضرَّةً، ولا وقوفَ للصبيِّ علىٰ المصلحةِ في الطلاق بحال؛ لعدم الشهوة، ولا وقوفَ للوليِّ علىٰ عدم التوافق[2]، علىٰ اعتبار بلوغِهِ حَدَّ الشهوة، فلهذا لا يتوقَّفان علىٰ إجازته، ولا يَنفُذان بمباشرته، بخلاف سائرِ العقود.

قال: (وإن أتلفا شيئاً: لَزِمَهما ضمانُه)؛ إحياءً لحَقِّ المتلَف عليه، وهذا لأنَّ كونَ الإتلافِ موجِباً، لا يتوقَّفُ علىٰ القصد، كالذي يَتلَفُ بانقلاب النائم عليه، والحائطِ المائلِ بعد الإشهاد، بخلاف القوليِّ[3]، علىٰ ما بيَّنَّاه.

---

(١) تقدم في أول الطلاق، وهو بهذا اللفظ قال عنه في نصب الراية ٣/٢٢١: حديث غريب، وفي الدراية ٢/٦٩: لم أجده، وبلفظ: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه»: عند الترمذي في سننه (١١٩١)، وقال: حديثٌ لا نعرفه إلا من حديث عطاء بن عجلان، وهو ضعيف، ذاهب الحديث، والعمل علىٰ هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلىٰ الله عليه وسلم وغيرهم. اهـ

(٢) أي بين الصغير وامرأته إذا بلغ.

(٣) أي التصرف القولي، فإنه يتوقف علىٰ القصد.

وأما العبدُ : فإقرارُه نافِذٌ في حقِّ نفسِه، غيرُ نافذٍ في حقِّ مولاه.

فإن أقرَّ بمالٍ : لَزِمَه بعد الحرية، ولم يلزَمْه في الحال.

وإن أقرَّ بحَدٍّ أو قصاصٍ : لَزِمَه في الحال، ويَنفُذُ طلاقُه.

قال: (وأما العبدُ: فإقرارُه نافِذٌ في حقِّ نفسِه)؛ لقيام أهليته.

(غيرُ نافذٍ في حقِّ مولاه)؛ رعايةً لجانبه؛ لأن نفاذَه لا يَعرىٰ عن تعلُّقِ الدَّيْن برقبته أو كَسْبه، وكلُّ ذلك إتلافُ مالِه.

قال: (فإن أقرَّ بمالٍ: لَزِمَه بعد الحرية)؛ لوجود الأهلية، وزوالِ المانعِ.

(ولم يلزَمْه في الحال)؛ لقيام المانع.

قال: (وإن أقرَّ بحَدٍّ أو قصاصٍ: لَزِمَه في الحال)؛ لأنه مُبَقًّى علىٰ أصلِ الحريةِ في حقِّ الدم، حتىٰ لا يصحُّ إقرارُ المولىٰ عليه بذلك.

قال: (ويَنفُذُ طلاقُه)؛ لِمَا روينا.

ولقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يَملِكُ العبدُ والمكاتَبُ شيئاً، إلا الطلاقَ»[1].

ولأنه عارِفٌ وجهَ المصلحةِ فيه، فكان أهلاً فيه، وليس فيه إبطالُ ملكِ المولىٰ، ولا تفويتُ منافعِه، فينفُذُ، والله أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) قال في نصب الراية ١٦٥/٤: غريب، وقال العلامة قاسم في تخريج أحاديث الاختيار ٣٦٠/٢: قال المخرِّجون: لم نره. اهـ، وتُنظر شواهد عديدةٌ لمعناه في سنن ابن ماجه (٢٠٨١)، ومعجم الطبراني الكبير (١١٨٠٠)، وسنن البيهقي ٣٦٠/٧، وبمجموعها يقوىٰ الحديث.

باب
الحَجْر للفساد

قال أبو حنيفة رحمه الله : لا يُحْجَرُ علىٰ الحُرِّ العاقلِ البالغِ السفيهِ، وتصرُّفُه في مالِه جائزٌ وإن كان مُبذِّراً مُفسِداً، يُتلِفُ مالَه فيما لا غَرَضَ له فيه، ولا مصلحةً.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله : يُحْجَرُ علىٰ السفيه، ويُمنَعُ من التصرُّفِ في مالِه.

باب
الحَجْر للفساد[1]

قال: (قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يُحْجَرُ[2] علىٰ الحُرِّ العاقلِ البالغِ السفيهِ، وتصرُّفُه في مالِه جائزٌ وإن كان مُبذِّراً مُفسِداً[3]، يُتلِفُ مالَه فيما لا غَرَضَ له فيه، ولا مصلحةً.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله)، وهو قولُ الشافعيِّ[4] رحمه الله: (يُحْجَرُ علىٰ السفيه، ويُمنَعُ من التصرُّفِ في مالِه)؛ لأنه مُبَذِّرٌ مالَه

---

(١) أي للسفه، وهو خِفَّةٌ تعتري الإنسانَ فتحمِلُه علىٰ العمل بخلاف الشرع.

(٢) وفي نُسخ: لا أَحْجُرُ.

(٣) وفي نُسخ: مسرفاً.

(٤) الحاوي الكبير ٦/٣٥٧.

. . . .

بصَرْفِه لا علىٰ الوجهِ الذي يقتضيه العقلُ، فيُحْجَرُ عليه؛ نظراً له؛ اعتباراً بالصبيِّ، بل أَوْلىٰ؛ لأن الثابتَ في حَقِّ الصبيِّ: احتمالُ التبذير، وفي حَقِّه: حقيقتُه، ولهذا مُنِعَ عنه المالُ.

ثم هو لا يُفيدُ بدون الحَجْر؛ لأنه يُتلِفُ بلسانه ما مُنِعَ من يده.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنه مخاطَبٌ عاقِلٌ، فلا يُحجَرُ عليه؛ اعتباراً بالرشيد، وهذا لأن في سَلْبِ ولايته: إهدارَ آدميَّتِه، وإلحاقَه بالبهائم، وهو أشدُّ ضرراً من التبذير، ولا يُتَحَمَّلُ الأعلىٰ لدفع الأدنىٰ.

حتىٰ لو كان في الحَجْرِ دَفْعُ ضررٍ عامٍّ، كالحَجْر علىٰ المتطبِّب الجاهلِ، والمفتي الماجِنِ[1]، والمُكارِي المفلِسِ: جاز، فيما يُروىٰ عنه، إذ هو دَفْعُ ضررِ الأعلىٰ بالأدنىٰ.

ولا يصحُّ القياسُ علىٰ مَنْعِ المال؛ لأن الحَجْرَ أبلغُ منه في العقوبة، ولا علىٰ الصبيِّ؛ لأنه عاجزٌ عن النظر لنفسه، وهذا[2] قادرٌ عليه[3]، نَظَرَ له الشارعُ مرةً بإعطاءِ آلةِ القدرة[4]، والجَرْيُ علىٰ خلافه[5] بسوء اختياره.

---

(١) هو مَن يُعلِّم الناسَ الحِيَل الباطلة، كتعليم المرأة أن ترتدَّ، فتَبِيْن من زوجها، ثم تُسلِم، ويُعلِّم الرجلَ أن يرتدَّ، فتسقط عنه الزكاة، ثم يُسلِم، ولا يبالي أن يحرِّم حلالاً، أو يُحِلَّ حراماً، يُفسد علىٰ الناس دينَهم. البناية ١٣/٣٦١.

(٢) أي السفيه.

(٣) أي علىٰ النظر لنفسه؛ لكمال عقله.

(٤) من العقل والحرية والبلوغ.

(٥) أي جَرْيُ السفيه علىٰ خلاف ذلك.

وإذا حَجَرَ القاضي عليه، ثم رُفِعَ إلىٰ قاضٍ آخَرَ، فأبطل حَجْرَه، وأطلق عنه: جاز.

ثم عند أبي حنيفة رحمه الله: إذا بَلَغَ الغلامُ غيرَ رشيدٍ: لم يُسلَّمْ إليه مالُه حتىٰ يُبلَغَ خمساً وعشرين سَنَةً.

ومَنْعُ المال: مفيدٌ[١]؛ لأنَّ غالبَ السَّفَه في الهبات والصدقات، وذلك يقفُ علىٰ اليد[٢].

قال: (وإذا حَجَرَ القاضي عليه، ثم رُفِعَ إلىٰ قاضٍ آخَرَ، فأبطل حَجْرَه، وأطلق عنه: جاز)؛ لأن الحَجْرَ منه فَتْوىً، وليس بقضاءٍ؛ ألا يُرىٰ أنه لم يوجد المَقْضِيُّ له، والمَقْضِيُّ عليه، ولو كان قضاءً: فنفسُ القضاءِ مختلَفٌ فيه، فلا بدَّ من الإمضاء.

حتىٰ لو رُفِعَ تصرُّفُه بعد الحَجْر إلىٰ القاضي الحاجرِ، أو إلىٰ غيرِه، فقضىٰ ببطلان تصرُّفِه، ثم رُفِعَ إلىٰ قاضٍ آخَر: نَفَّذَ[٣] إبطالَه؛ لاتصال الإمضاءِ به، فلا يَقبَلُ النَّقْضَ بعد ذلك.

قال: (ثم عند أبي حنيفة رحمه الله: إذا بَلَغَ الغلامُ غيرَ رشيدٍ: لم يُسلَّمْ إليه مالُه حتىٰ يُبلَغَ خمساً وعشرين سَنَةً.

---

(١) هذا جوابٌ عن قوله: ثم لا يفيد بدون الحجر، يعني أن منع المال بدون الحجر مفيدٌ لدفع سوء اختياره.

(٢) أي لا يُملَك إلا بالقبض، فإذا لم يكن في يده شيءٌ: يَمتنع عن ذلك، وإن فعل: لم يُفد.

(٣) بالتشديد، معناه: استمرَّ علىٰ تنفيذ الثاني؛ لأنه حكَمَ بنفاذه.

فإن تصرَّفَ فيه قبلَ ذلك : نَفَذَ تصرُّفه .

فإذا بلغ خمساً وعشرين سَنَةً : يُسلَّمُ إليه مالُه وإن لم يُؤنَسْ منه الرشدُ .

وقالا : لا يُدفَعُ إليه مالُه أبداً حتىٰ يُؤنَسَ منه رُشْدُه، ولا يجوزُ تصرُّفُه فيه .

فعندهما : لا يَنفُذُ بيعُه إذا باع .

فإن تصرَّفَ فيه قبلَ ذلك: نَفَذَ تصرُّفه.

فإذا بلغ خمساً وعشرين سَنَةً: يُسلَّمُ إليه مالُه وإن لم يُؤنَسْ منه الرشدُ.

وقالا: لا يُدفَعُ إليه مالُه أبداً حتىٰ يُؤنَسَ منه رُشْدُه، ولا يجوزُ تصرُّفُه فيه)؛ لأن عِلَّةَ المنع السَّفَهُ، فيبقىٰ[1] ما بقيتِ العلةُ، وصار كالصبيِّ.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن مَنْعَ المالِ عنه: بطريق التأديب، ولا يَتأدَّبُ بعد هذا ظاهراً وغالباً؛ ألا يُرىٰ أنه قد يصيرُ جَدّاً في هذا السِّنِّ، فلا فائدةَ في المنع، فلَزِمَ الدفعُ.

ولأن المنعَ باعتبار أثرِ الصِّبَا، وهو[2] في أوائلِ البلوغ، وينقطعُ بتطاوُل الزمان، فلا يبقىٰ المنعُ، ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله: لو بلغ رشيداً، ثم صار سفيهاً: لا يُمنَعُ المالُ عنه؛ لأنه ليس بأثرِ الصِّبَا.

ثم لا يتأتَّىٰ التفريعُ علىٰ قوله، وإنما التفريعُ علىٰ قول مَن يَرىٰ الحَجْرَ عليه.

(فعندهما) لَمَّا صحَّ الحجرُ: (لا يَنفُذُ بيعُه إذا باع)؛ توفيراً لفائدة الحجر عليه.

---

(١) أي يبقىٰ المنعُ.

(٢) أي أثر الصبا.

وإن كان فيه مصلحةٌ : أجازه الحاكمُ .

وإن أَعتق عبدَه : نَفَذَ عِتْقُه ، عندهما .

(وإن كان فيه[1] مصلحةٌ: أجازه الحاكمُ)؛ لأن ركنَ التصرُّفِ قد وُجِدَ، والتوقُّفُ للنظر له، وقد نُصِبَ الحاكمُ ناظراً له، فيتحرَّىٰ المصلحةَ فيه، كما في الصبيِّ الذي يعقِلُ البيعَ والشراءَ، ويَقصِدُه.

ولو باع قبلَ حَجْرِ القاضي: جاز عند أبي يوسف رحمه الله؛ لأنه لا بدَّ من حَجْرِ القاضي عنده؛ لأن الحجرَ دائرٌ بين الضررِ والنظر، والحَجْرُ لنظره، فلا بدَّ من فعل القاضي.

وعند محمدٍ رحمه الله: لا يجوز؛ لأنه يبلُغُ محجوراً عنده، إذِ العلةُ هي السَّفَهُ، بمنزلة الصبا.

وعلىٰ هذا الخلافِ: إذا بلغ رشيداً، ثم صار سفيهاً.

قال: (وإن أَعتق عبدَه: نَفَذَ عِتْقُه، عندهما).

وعند الشافعي[2] رحمه الله: لا ينفُذُ.

والأصلُ عندهما: أن كلَّ تصرُّفٍ يؤثِّرُ فيه الهزلُ: يُؤثِّرُ فيه الحَجْرُ، وما لا: فلا؛ لأن السفيهَ: في معنىٰ الهازل، من حيثُ إنَّ الهازلَ يَخرجُ كلامُه لا علىٰ نَهْجِ كلامِ العقلاء؛ لاتباع الهوىٰ، ومكابرةِ العقل، لا لنقصانٍ في عقله، فكذلك السفيهُ، والعتقُ مما لا يؤثِّرُ فيه الهزلُ، فيصحُّ منه.

---

(١) أي في التصرف.

(٢) الحاوي الكبير ٥/٣١٤.

و كان علىٰ العبدِ أن يَسعىٰ في قيمتِه.

ولو دبَّرَ عبدَه: جاز.

ولو جاءتْ جاريتُه بولدٍ، فادَّعاه: يثبتُ نسبُه منه، وكان الولدُ حراً،..

والأصلُ عنده[١]: أن الحَجْرَ بسبب السَّفَه: بمنزلة الحَجْرِ بسبب الرِّقِّ، حتىٰ لا يَنفُذُ بعدَه شيءٌ من تصرفاته، إلا الطلاقُ، كالمَرْقوق، والإعتاقُ لا يصحُّ من الرقيقِ، فكذا من السفيه.

قال: (و) إذا صحَّ عندهما: (كان علىٰ العبدِ أن يَسعىٰ في قيمتِه)؛ لأن الحجرَ لمعنىٰ النظر، وذلك في رَدِّ العِتْقِ، إلا أنه متعذِّرٌ، فيجبُ رَدُّه بردِّ القيمة، كما في الحَجْرِ علىٰ المريض.

وعن محمد رحمه الله: أنه لا تجبُ السعايةُ؛ لأنها لو وجبتْ إنما تجبُ حقّاً لمعتِقِه، والسعايةُ ما عُهِدَ وجوبُها في الشرع إلا لحَقِّ غيرِ المعتِق.

قال: (ولو دبَّرَ عبدَه: جاز)؛ لأنه يوجِبُ حقَّ العتقِ، فيُعتبرُ بحقيقته، إلا أنه لا تجبُ السعايةُ ما دام المولىٰ حياً؛ لأنه باقٍ علىٰ ملكِه.

وإذا مات ولم يُؤنس منه الرشدُ: سعىٰ في قيمته مدبَّراً؛ لأنه عَتَقَ بموته وهو مدبَّرٌ، فصار كما إذا أعتقه بعد التدبير.

قال: (ولو جاءتْ جاريتُه بولدٍ، فادَّعاه: يثبتُ نسبُه منه، وكان الولدُ حراً،

---

(١) أي عند الإمام الشافعي رحمه الله.

والجاريةُ أُمَّ ولدٍ له، وإن تزوج امرأةً: جاز نكاحُه.

وإن سمَّىٰ لها مهراً: جاز منه مقدارُ مهرِ مثلِها، وبَطَلَ الفضلُ.

والجاريةُ أُمَّ ولدٍ له)؛ لأنه محتاجٌ إلىٰ ذلك؛ لإبقاء نَسْلِه، فأُلْحِقَ بالمصلِحِ في حقِّه[١].

وإن لم يكنْ معها ولدٌ، وقال: هذه أمُّ ولدي: كانت بمنزلة أمِّ الولد، لا يَقدِرُ علىٰ بيعها.

وإن مات: سَعَتْ في جميع قيمتِها؛ لأنه كالإقرار بالحرية، إذْ ليس لها شهادةُ الولد، بخلاف الفصلِ الأول؛ لأن الولدَ شاهدٌ لها.

ونظيرُه: المريضُ إذا ادعىٰ ولدَ جاريتِه: فهو علىٰ هذا التفصيل.

قال: (وإن تزوج امرأةً: جاز نكاحُه[٢])؛ لأنه لا يُؤثِّرُ فيه الهزلُ.

ولأنه من حوائجِه الأصلية.

قال: (وإن سمَّىٰ لها مهراً: جاز منه مقدارُ مهرِ مثلِها)؛ لأنه من ضرورات النكاح.

(وبَطَلَ الفضلُ)؛ لأنه لا ضرورةَ فيه، وهو التزامٌ بالتسمية، ولا نَظَرَ له فيه، فلم تصحَّ الزيادةُ، وصار كالمريض مرضَ الموت.

---

(١) أي في حق الاستيلاد.

(٢) وفي نُسخ: نكاحها.

وتُخرَجُ الزكاةُ من مالِ السفيه.

ويُنفَقُ علىٰ أولادِه وزوجتِه، ومَن تجبُ عليه نفقتُه من ذوي أرحامه.

ولو طلَّقَها قبلَ الدخولِ بها: وَجَبَ لها النصفُ في مالِه؛ لأن التسميةَ صحيحةٌ إلىٰ مقدار مهرِ المِثل.

وكذا إذا تزوَّج بأربعِ نسوةٍ، أو كلَّ يومٍ واحدةً؛ لِمَا بيَّنَّا.

قال: (وتُخرَجُ الزكاةُ من مالِ السفيه)؛ لأنها واجبةٌ عليه.

قال: (ويُنفَقُ علىٰ أولادِه وزوجتِه، ومَن تجبُ عليه نفقتُه من ذوي أرحامه)؛ لأن إحياءَ ولدِه وزوجتِه: من حوائجه.

والإنفاقُ علىٰ ذي الرَّحِم المَحرَم واجبٌ عليه؛ حقاً لقريبه.

والسَّفَهُ لا يُبطِلُ حقوقَ الناس، إلا أن القاضيَ يدفعُ قَدْرَ الزكاةِ إليه؛ ليصرِفَها إلىٰ مَصْرِفِها؛ لأنه لا بدَّ من نيَّته؛ لكونها عبادةً، لكن يَبعَثُ أميناً معه؛ كي لا يَصرِفَه في غير وَجْهِه.

وفي النفقة يَدفعُ إلىٰ أمينِه[1] ليَصرِفَه[2]؛ لأنها[3] ليست بعبادةٍ، فلا يُحتاجُ إلىٰ نيته.

وهذا بخلاف ما إذا حَلَفَ، أو نَذَرَ، أو ظاهَرَ، حيث لا يلزمُه المالُ،

---

(١) أي أمين القاضي، وفي نُسخ: أمينها. أي أمين المرأة. البناية ١٣/٣٧٥.

(٢) أي المال المخرَج للنفقة.

(٣) وفي نُسخ: لأنه ليس بعبادة، أي صرف النفقة.

فإن أراد حَجَّةَ الإسلام : لم يُمنَع منها .

ولا يُسلِّمُ القاضي النفقةَ إليه ، ويُسلِّمُها إلىٰ ثقةٍ من الحاجِّ يُنفِقُها عليه في طريق الحجِّ .

فإن مَرِضَ ، وأوصىٰ بوصايا في القُرَبِ وأبوابِ الخير : . . . .

بل يُكَفِّرُ عن يمينه وظِهارِه بالصوم؛ لأنه مما يجبُ بفعله، فلو فتحنا هذا البابَ يُبَذِّرُ أموالَه بهذا الطريق، ولا كذلك ما يجبُ ابتداءً بغير فعله.

قال: (فإن أراد حَجَّةَ الإسلام: لم يُمنَع منها)؛ لأنها واجبةٌ عليه بإيجاب الله تعالىٰ من غير صُنْعِه.

قال: (ولا يُسلِّمُ القاضي النفقةَ إليه، ويُسلِّمُها إلىٰ ثقةٍ من الحاجِّ يُنفِقُها عليه في طريق الحجِّ)؛ كي لا يُتلِفَها في غير هذا الوجه.

ولو أراد عمرةً واحدةً: لم يُمنَعْ منها؛ استحساناً؛ لاختلافِ العلماءِ في وجوبها، بخلاف ما زاد علىٰ مرةٍ واحدةٍ من الحج.

ولا يُمنَعُ من القِرَان؛ لأنه لا يُمنَعُ من إفرادِ السفرِ لكلِّ واحدٍ منهما، فلا يُمنَعُ من الجَمْع بينهما.

ولا يُمنَعُ من أن يَسُوقَ بَدَنَةً؛ تحرُّزاً عن موضع الخلاف، إذ عند عبد الله بن عمر رضي الله عنهما لا يُجزئه غيرُها[1]، وهي جَزُورٌ أو بقرة.

قال: (فإن مَرِضَ، وأوصىٰ بوصايا في القُرَبِ وأبوابِ الخير:

---

(١) قال في الدراية ٢/١٩٩ : إسناده صحيح عند الطبراني في مسند الشاميين.

قلت: وتجزئ القارن الشاة عند الحنفية، والبدنة أفضل؛ احتياطاً. البناية ١٣/٣٧٧.

جاز ذلك في ثُلُثِ مالِه.

ولا يُحجَرُ علىٰ الفاسقِ إذا كان مُصلِحاً لمالِه.

والفسقُ الأصليُّ والطارئُ فيه: سواءٌ.

جاز ذلك في ثُلُثِ مالِه)؛ لأنَّ نَظَرَه فيه، إذ هي حالةُ انقطاعِه عن أمواله، والوصيةُ تُخلِفُ ثناءً، أو ثواباً، وقد ذكرنا من التفريعات أكثرَ من هذا في «كفاية المنتهي».

قال: (ولا يُحجَرُ علىٰ الفاسقِ إذا كان مُصلِحاً لمالِه) عندنا.

(والفسقُ الأصليُّ والطارئُ فيه: سواءٌ).

وقال الشافعي[1] رحمه الله: يُحجَرُ عليه؛ زَجْراً له، وعقوبةً عليه، كما في السفيه، ولهذا لم يُجعَلْ أهلاً للولاية والشهادةِ عنده.

ولنا: قولُه تعالىٰ: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾. النساء/٦.

وقد أُونِسَ منه نوعُ رُشْدٍ، فتتناولُه النَّكِرَة المطلَقة.

ولأنَّ الفاسقَ من أهلِ الولاية عندنا؛ لإسلامه، فيكون والياً للتصرف، وقد قرَّرناه فيما تقدَّم.

ويَحْجُرُ القاضي عندهما أيضاً، وهو قولُ الشافعي رحمه الله بسبب الغَفْلة، وهو أن يُغبَنَ في التجارات، ولا يَصبِرُ عنها لسلامة قلبه؛ لِمَا في الحَجْرِ من النظر له، والله أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) نهاية المطلب ٦/٤٣٨.

فصلٌ

في حَدِّ البلوغ

بلوغُ الغُلام : بالاحتلامِ، والإحبالِ، والإنزالِ إذا وَطِيء.

فإن لم يوجَدْ ذلك : فحتىٰ يَتِمَّ له ثمانيَ عشرةَ سنةً عند أبي حنيفة رحمه الله.

وبلوغُ الجارية : بالحيضِ، والاحتلامِ، والحَبَلِ.

فإن لم يوجد ذلك : فحتىٰ يَتِمَّ لها سَبْعَ عشرةَ سنةً، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

فصلٌ

في حَدِّ البلوغ

قال: (بلوغُ الغُلام: بالاحتلامِ، والإحبالِ، والإنزالِ إذا وَطِيء.

فإن لم يوجَدْ ذلك: فحتىٰ يَتِمَّ له ثمانيَ عشرةَ سنةً عند أبي حنيفة رحمه الله.

وبلوغُ الجارية: بالحيضِ، والاحتلامِ، والحَبَلِ.

فإن لم يوجد ذلك: فحتىٰ يَتِمَّ لها سَبْعَ عشرةَ سنةً، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا : إذا تَمَّ للغلام والجارية خمسَ عشرةَ سنةً : فقد بَلَغا .

وقالا: إذا تَمَّ للغلام والجارية خمسَ عشرةَ سنةً: فقد بَلَغا)، وهو روايةٌ عن أبي حنيفة رحمه الله، وهو قولُ الشافعي[١] رحمه الله.

وعنه[٢] في الغلام: تسعَ عشرةَ سنةً.

وقيل: المرادُ أن يَطعُنَ في التاسع[٣] عشرةَ سنةً، ويَتِمَّ له ثمانيَ عشرة سنةً: فلا اختلاف[٤].

وقيل: فيه اختلافُ الرواية؛ لأنه ذُكِرَ في بعض النُّسَخ[٥]: حتىٰ يستكمِلَ تسعَ عشرة سنةً.

أما العلامةُ: فلأنَّ البلوغَ بالإنزال حقيقةً[٦]، والحَبَلُ والإحبالُ لا يكون إلا مع الإنزال.

وكذا الحيضُ في أوان الحَبَل، فجُعِلَ كلُّ ذلك علامةَ البلوغ.

وأدنىٰ المدةِ لذلك في حَقِّ الغلام: اثنتا عشرة سنةً، وفي حَقِّ الجارية: تسعُ سنين.

---

(١) نهاية المطلب ٦/٤٣٣.

(٢) أي أبي حنيفة رحمه الله. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٣) أي يدخل في عدد التاسع عشرة. البناية ١٣/٣٨٢.

(٤) أي بين الروايتين.

(٥) أي نُسخ المبسوط لمحمد رحمه الله. البناية ١٣/٣٨٢.

(٦) وضُبطت في نُسخ: بالضم: حقيقةٌ.

وإذا راهَقَ الغلامُ أو الجاريةُ الحُلُمَ، وأَشكلَ أمرُه في البلوغِ، فقال: قد بَلَغْتُ: فالقولُ قولُه، وأحكامُه أحكامُ البالغين.

وأما السِّنُّ: فلهم[١]: العادةُ الفاشيةُ أن البلوغَ لا يتأخَّرُ فيهما عن هذه المدة.

وله: قوله تعالىٰ: ﴿ حَتَّىٰ يَبۡلُغَ أَشُدَّهُۥ ﴾. الأنعام/١٥٢.

وأَشُدُّ الصبيِّ: ثمانيَ عشرةَ سنةً، هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنهما[٢]، وتابعه القُتَبِيُّ[٣] رحمه الله.

وهذا أقلُّ ما قيل فيه، فيُبنَىٰ الحُكمُ عليه؛ للتيقُّن به، غيرَ أن الإناثَ نَشْؤهُنَّ وإدراكُهُنَّ أسرعُ، فنَقَصْنا في حقِّهنَّ سنةً؛ لاشتمالها علىٰ الفصول الأربعة، التي يوافِقُ واحدٌ منها المِزاجَ، لا محالة.

قال: (وإذا راهَقَ الغلامُ أو الجاريةُ الحُلُمَ، وأشكلَ أمرُه في البلوغِ، فقال: قد بَلَغْتُ: فالقولُ قولُه، وأحكامُه أحكامُ البالغين).

---

(١) أي لأبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله.

(٢) قال في نصب الراية ١٦٦/٤: غريب، وفي الدراية ١٩٩/٢: لم أجده.

(٣) أي تابَعَ القُتبيُّ ابنَ عباس، أي في كونه مراداً في تفسير الأَشُدِّ، كما في تعليقةٍ علىٰ نسخةٍ نفيسة من الهداية بتاريخ ٧٣٨هـ.

والمراد بالقُتبي: ابن قتيبة عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري، صاحب التصانيف، منها: غريب القرآن، وغريب الحديث، الإمام العلامة الكبير، ذو الفنون، كان رأساً في علم اللسان العربي، ت ٢٧٦هـ، له ترجمة في سير أعلام النبلاء ٢٩٦/١٣.

. . . .

لأنه معنىً لا يُعرَفُ إلا من جهتهما ظاهراً، فإذا أَخبرا به، ولم يُكذِّبْهما الظاهرُ: قُبِلَ قولُهما فيه، كما يُقبَلُ قولُ المرأةِ في الحيض، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

باب
الحَجْر بسبب الدَّيْن

قال أبو حنيفة رحمه الله : لا أَحجُرُ في الدَّيْن، وإذا وَجَبَتْ ديونٌ علىٰ رجلٍ، وطَلَبَ غرماؤه حَبْسَه، والحَجْرَ عليه : لم أَحجُرْ عليه.

فإن كان له مالٌ : لم يتصرَّفْ فيه الحاكمُ.

ولكنْ يَحبِسُه أبداً حتىٰ يبيعَه في دَيْنِه.

باب
الحَجْر بسبب الدَّيْن

قال: (قال أبو حنيفة رحمه الله: لا أَحجُرُ في الدَّيْن، وإذا وَجَبَتْ ديونٌ علىٰ رجلٍ، وطَلَبَ غرماؤه حَبْسَه، والحَجْرَ عليه: لم أَحجُرْ عليه)؛ لأن في الحَجْرِ إهدارَ أهليَّتِه، فلا يجوزُ لدفع ضررٍ خاصٍّ.

(فإن كان له مالٌ: لم يتصرَّفْ فيه الحاكمُ)؛ لأنه نوعُ حَجْرٍ.

ولأنه تجارةٌ[1] لا عن تراضٍ، فيكون باطلاً بالنص[2].

(ولكنْ يَحبِسُه أبداً حتىٰ يبيعَه في دَيْنِه)؛ إيفاءً لحقِّ الغرماء، ودفعاً لظُلْمِه.

---

(١) أي بيع القاضي لماله.

(٢) قال تعالىٰ: ﴿ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾. النساء/٢٩.

وقالا: إذا طَلَبَ غرماءُ المفلِسِ الحَجْرَ عليه: حَجَرَ القاضي عليه، ومَنَعَه من البيعِ والتصرُّفِ والإقرارِ؛ حتىٰ لا يُضِرَّ بالغرماء.

وباع مالَه إن امتنع المفلِسُ من بيعه، وقَسَمَه بين غرمائه بالحِصَصِ عندهما.

(وقالا: إذا طَلَبَ غرماءُ المفلِسِ الحَجْرَ عليه: حَجَرَ القاضي عليه، ومَنَعَه من البيعِ والتصرُّفِ والإقرارِ؛ حتىٰ لا يُضِرَّ بالغرماء).

لأن الحَجْرَ علىٰ السفيه إنما جوَّزَاه[1] نظراً له، وفي هذا الحَجْرِ نظرٌ للغرماء؛ لأنه عساه يُلَجِّئُ مالَه[2]، فيفوتُ حقُّهم.

ومعنىٰ قولهما: ومَنَعَه من البيع: أن يكونَ بأقلَّ من ثمن المثل، أما البيعُ بثمن المثل: فلا يُبطِلُ حَقَّ الغرماءِ، والمنعُ لِحَقِّهم، فلا يُمنَعُ منه.

قال: (وباع مالَه إن امتنع المفلِسُ من بيعه، وقَسَمَه بين غرمائه بالحِصَصِ عندهما)؛ لأن البيعَ مُسْتَحَقٌّ عليه لإيفاء دَيْنه، حتىٰ يُحبَسُ لأجله، فإذا امتنع: ناب القاضي مَنابَه، كما في الجَبِّ، والعُنَّة.

قلنا: التلجئةُ موهومةٌ، والمستَحَقُّ قضاءُ الدَّيْن، والبيعُ ليس بطريقٍ متعيِّنٍ لذلك، بخلاف الجَبِّ والعُنَّة.

والحَبْسُ لقضاء الدَّيْن بما يختارُه من الطريق، كيف ولو صحَّ البيعُ: كان

---

(١) أي الصاحبان، وفي نُسخ: جُوِّز، وفي نُسخ أخرىٰ: جوَّزناه.

(٢) أي لعله أن يبيع مالَه بيعَ تلجئة اضطرارية صورية من عظيمٍ ونحوه لا يُمكن انتزاعه من يده. حاشية سعدي.

وإن كان دينُه دراهمَ، وله دراهمُ: قضاها القاضي بغير أَمْرِه.

وإن كان دَيْنُه دراهمَ، وله دنانيرُ، أو علىٰ ضدِّ ذلك: باعها القاضي في دَيْنِه.

وتُباعُ في الدَّيْن النقودُ، ثم العُروضُ، ثم العَقارُ، يُبدأ بالأيسر فالأيسر.

الحبسُ إضراراً بهما بتأخير حَقِّ الدائن، وتعذيبِ المديون، فلا يكونُ مشروعاً.

قال: (وإن كان دينُه دراهمَ، وله دراهمُ: قضاها القاضي بغير أَمْرِه)، وهذا بالإجماع؛ لأن للدائن حَقَّ الأَخْذِ من غير رضاه، فللقاضي أن يُعِيْنَه.

(وإن كان دَيْنُه دراهمَ، وله دنانيرُ، أو علىٰ ضدِّ ذلك: باعها القاضي في دَيْنِه)؛ وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله؛ استحساناً.

والقياسُ: أن لا يبيعَها، كما في العُروض، ولهذا لم يكنْ لصاحب الدينِ أن يأخذَها جَبْراً.

وجهُ الاستحسان: أنهما متَّحِدَان في الثمنية والمالية، مختلفان في الصورة، فبالنظر إلىٰ الاتحاد: تثبتُ للقاضي ولايةُ التصرف، وبالنظر إلىٰ الاختلاف: تُسلَبُ عن الدائن ولايةُ الأخذِ؛ عملاً بالشبهين.

بخلاف العُروض؛ لأن الغَرَضَ يتعلَّقُ بصُوَرِها وأعيانها، أما النقودُ: وسائلُ، فافترقا.

قال: (وتُباعُ في الدَّيْن النقودُ[1]، ثم العُروضُ، ثم العَقارُ، يُبدأ بالأيسر فالأيسر)؛ لِمَا فيه من المسارعةِ إلىٰ قضاءِ الدَّيْن، مع مراعاةِ جانبِ المديون.

---

(١) هذا تفريعٌ علىٰ قولهما، يعني أن المديون لما جاز بيع ماله عندهما: يباع أولاً النقود، ثم العروض، ثم العقار. البناية ١٣/٣٩٣.

ويُترَكُ عليه دَسْتٌ من ثيابِ بدنِه، ويُباعُ الباقي.

فإن أقرَّ في حالِ الحَجْرِ بإقرارٍ: لَزِمَه ذلك بعد قضاءِ الديون.

ويُنفَقُ علىٰ المفلس من ماله، وعلىٰ زوجتِه، وولدِه الصغار، وذوي أرحامِه.

(ويُترَكُ عليه دَسْتٌ[1] من ثيابِ بدنِه، ويُباعُ الباقي)، لأن به كفايةً.

وقيل: دَسْتَان؛ لأنه إذا غَسَلَ ثيابَه: لا بدَّ له من مَلبَسٍ.

قال: (فإن أقرَّ في حالِ الحَجْرِ بإقرارٍ[2]: لَزِمَه ذلك بعد قضاءِ الديون)، لأنه تعلَّقَ بهذا المالَ حَقُّ الأوَّلِيْن، فلا يتمكَّنُ من إبطال حَقِّهم بالإقرار لغيرهم، بخلاف الاستهلاك؛ لأنه مشاهَدٌ، لا مَرَدَّ له[3].

ولو استفاد مالاً آخَرَ بعد الحَجْرِ: نَفَذَ إقرارُه فيه؛ لأن حَقَّهم لم يتعلَّقْ به؛ لعدمِه وقتَ الحجر.

قال: (ويُنفَقُ علىٰ المفلس من ماله، وعلىٰ زوجتِه، وولدِه الصغار، وذوي أرحامِه[4]).

لأن حاجتَه الأصليةَ مقدَّمةٌ علىٰ حقِّ الغرماء، ولأنه حَقٌّ ثابتٌ لغيره، فلا يُبطِلُه الحجرُ.

---

(١) كلمةٌ معرَّبة، أي واحدٌ من كل نوعٍ من لباس بدنه، والمراد: أن يُترك له ما يكفي في لُبْسه مرةً واحدة، من عمامة وقميص وإزار. ينظر البناية ١٣/٣٩٣.

(٢) وفي نُسَخٍ: بمالٍ.

(٣) فيلزمه في الحال. حاشية ٧٣٨هـ.

(٤) جاء هنا في طبعات الهداية القديمة زيادة: ممن تجب نفقته عليه.

فإن لم يُعرَفْ للمفلِسِ مالٌ، وطَلَبَ غرماؤه حَبْسَه، وهو يقول: لا مالَ لي: حَبَسَه الحاكمُ في كلِّ دَيْنٍ لَزِمَه بدلاً عن مالٍ حَصَلَ في يده، كثمن المَبيع وبَدَلِ القرض، وفي كل دَيْنٍ التزمه بعقدٍ، كالمهر والكفالة.

ولم يحبِسْه فيما سوىٰ ذلك، كعوض المغصوب، وأرشِ الجناية، إلا أن يُقيمَ البينةَ أن له مالاً.

وإذا حَبَسَه القاضي شهرين أو ثلاثةً: سأل عن حاله، فإن لم ينكشف له مالٌ: خلَّىٰ سبيلَه.

ولهذا لو تزوَّجَ امرأةً: كانت في مقدارِ مهرِ مثلِها أُسوةً للغرماء.

قال: (فإن لم يُعرَفْ للمفلِسِ مالٌ، وطَلَبَ غرماؤه حَبْسَه، وهو يقول: لا مالَ لي: حَبَسَه الحاكمُ في كلِّ دَيْنٍ لَزِمَه بدلاً عن مالٍ حَصَلَ في يده، كثمن المَبيع وبَدَلِ القرض، وفي كل دَيْنٍ التزمه بعقدٍ، كالمهر والكفالة.

ولم يحبِسْه فيما سوىٰ ذلك، كعوض المغصوب، وأرشِ الجناية، إلا أن يُقيمَ البينةَ أن له مالاً.

وإذا حَبَسَه القاضي شهرين أو ثلاثةً: سأل عن حاله، فإن لم ينكشف له مالٌ: خلَّىٰ سبيلَه).

وقد ذكرنا هذا الفصلَ[1] بوجوهِه في كتاب أدب القاضي من هذا

---

(١) أي الكلام عن المفلس وعن حَبْسه بطلب الغرماء، إلىٰ قوله: وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له، وقد أسقط المؤلِّفُ بعضَ هذا المتن من الهداية، وأثبتُّه كما هو من نسخة ١٠٣٨هـ، ومن بداية المبتدي. =

وكذلك إن أقام البينةَ أنه لا مالَ له.

الكتاب، فلا نعيدُها[١]، إلىٰ أن قال[٢]:

(وكذلك إن أقام البينةَ أنه لا مالَ له)، يعني: خَلَّىٰ سبيلَه؛ لوجوب النَّظِرَة إلىٰ المَيسرة.

ولو مَرِضَ في الحَبْس: يُبقَّىٰ فيه إن كان له خادمٌ يقومُ بمعالجته، وإن لم يكن: أخرجه؛ تحرُّزاً عن هلاكه.

والمُحترِفُ[٣] فيه: لا يُمكَّنُ من الاشتغال بعمله، هو الصحيح؛ ليضجَرَ قلبُه، فيَنبعثَ علىٰ قضاءِ دَيْنه.

وأما سبب إسقاط المؤلِّف هذا البعض من بداية المبتدي، وتصريحه بعلة حذفه له باكتفائه بما ذكره في أدب القاضي، حتىٰ لا يكرره هنا، فقد تكلم الشُرَّاح فيما ذكره المؤلف من علة، ومن ذلك: ما قاله قاضي زاده في نتائج الأفكار ٢٠٨/٨: ولم يظهر لي وجهٌ لذلك سوىٰ الحمل علىٰ النسيان من المصنِّف عند كَتْب هذه المسألة في الهداية؛ لأمرٍ يعتري الإنسانَ في بعض الأحيان علىٰ مقتضىٰ البشرية. اهـ

وأما الإتقاني في غاية البيان (مخطوط) فقال: وإنما طَرَحَ بعضَ كلام القدوري؛ اعتماداً علىٰ ما ذكره في فصل الحبس من كتاب أدب القاضي. اهـ، ثم ساق الإتقاني لفظ القدوري وترتيبَه، كما أثبتُّه أنا في نص الهداية مميِّزاً البدايةَ باللون الأحمر.

وأما العلامة سعدي في حاشيته علىٰ الهداية فقد اكتفىٰ بنقل كلام الإتقاني.

(١) أي لا نعيد شرحها.

(٢) أي القدوري في مختصره، أو صاحب بداية المبتدي، وهو المؤلف نفسه.

(٣) أي صاحب الحِرفة والصنعة، أي الذي يكتسب بصنعته.

ولا يَحُوْلُ بينَه وبين غرمائه بعد خروجِه من الحَبْس، يُلازمونَه، ولا يَمنعونَه من البيع والتصرُّفِ والسفر.

ويأخذون فَضْلَ كَسْبِه، يُقْسَمُ بينهم بالحِصَص.

وقالا: إذا فلَّسَه الحاكمُ: حالَ بينه وبين الغرماءِ، إلا أن يقيموا البينةَ أن له مالاً.

بخلاف ما إذا كانت له جاريةٌ، وفيه[1] موضعٌ يُمكِنُه فيه وطؤها: لا يُمنَعُ عنه؛ لأنه قضاءُ إحدىٰ الشهوتَيْن، فيُعتَبرُ بقضاء الأخرىٰ.

قال: (ولا يَحُوْلُ بينَه وبين غرمائه بعد خروجِه من الحَبْس، يُلازمونَه، ولا يَمنعونَه من البيع والتصرُّفِ والسفر).

لقوله عليه الصلاة والسلام: «لصاحب الحَقِّ: يدٌ، ولسانٌ»[2].

أراد باليد: الملازمة، وباللسان: التقاضي.

قال: (ويأخذون فَضْلَ كَسْبِه، يُقْسَمُ بينهم بالحِصَص)؛ لاستواء حقوقِهم في القوة.

(وقالا: إذا فلَّسَه الحاكمُ: حالَ بينه وبين الغرماءِ، إلا أن يقيموا البينةَ أن له مالاً)؛ لأن القضاءَ بالإفلاس عندهما يصحُّ، فتَثبتُ العُسرةُ، ويَستحقُّ النَّظِرَةَ إلىٰ الميسرة.

---

(١) أي في الحَبْس.

(٢) نصب الراية ٤/١٦٦، وعزاه للدارقطني في سننه ٤/٢٣٢، وابن عدي في الكامل، مرسلاً.

. . . .

وعند أبي حنيفة رحمه الله: لا يتحقَّقُ القضاءُ بالإفلاس؛ لأن مالَ الله تعالىٰ غادٍ ورائحٌ.

ولأن وقوفَ الشهودِ علىٰ المال(١) لا يتحقق إلا ظاهراً، فيصلُحُ للدفع، لا لإبطال الحقِّ في الملازمة.

وقولُه: إلا أن يُقيموا البينةَ: إشارةٌ إلىٰ أن بينةَ اليسار تترجَّحُ علىٰ بينة الإعسار؛ لأنها أكثرُ إثباتاً، إذِ الأصلُ هو العسرةُ.

وقولُه في الملازمة: لا يَمنعونَه من التصرُّفِ والسفر: دليلٌ علىٰ أنه يدورُ معه أينما دار، ولا يُجْلِسُه في موضعٍ؛ لأنه حَبْسٌ.

ولو دَخَلَ دارَه لحاجته: لا يَتَّبِعُه، بل يَجلِسُ علىٰ بابِ دارِه إلىٰ أن يخرجَ؛ لأنَّ الإنسانَ لا بدَّ أن يكون له موضعُ خَلْوةٍ.

ولو اختار المطلوبُ الحَبْسَ، والطالِبُ الملازمةَ: فالخيارُ إلىٰ الطالب؛ لأنه أبلغُ في حصول المقصود؛ لاختياره الأضيقَ عليه، إلا إذا عَلِمَ القاضي أنْ يَدخُلَ عليه بالملازمةِ ضررٌ بَيِّنٌ، بأن لا يُمكِّنَه من دخوله دارَه: فحينئذٍ يَحبِسُه؛ دفعاً للضرر عنه.

ولو كان الدَّيْنُ للرجل علىٰ المرأة: لا يلازمُها؛ لِمَا فيها من الخلوة بالأجنبية، ولكن يَبعثُ امرأةً أمينةً تُلازِمُها(٢).

---

(١) وفي نُسخ: عدم المال.

(٢) ولو كان الدينُ للمرأة علىٰ الرجل: فعلىٰ التعليل المذكور: ينبغي أن تبعث رجلاً أميناً من جهتها يلازمه. البناية ١٣/٤٠١.

ومَن أفلس وعندَه متاعٌ لرجلٍ بعَيْنه ابتاعه منه : فصاحبُ المتاع أسوةٌ للغرماء فيه.

قال: (ومَن أفلس وعندَه متاعٌ لرجلٍ بعَيْنه ابتاعه منه: فصاحبُ المتاع أسوةٌ للغرماء فيه).

وقال الشافعي[(١)] رحمه الله: يَحجُرُ القاضي علىٰ المشترِي بطَلَبِه.

ثم للبائع خيارُ الفسخ[(٢)]؛ لأنه عَجَزَ المشتري عن إيفاءِ الثمن، فيوجِبُ ذلك حَقَّ الفسخ، كعجز البائع عن تسليمِ المَبيع، وهذا لأنه عقدُ معاوضة، ومن قضيته: المساواةُ، وصار كالسَّلَم.

ولنا: أن الإفلاسَ يوجِبُ العجزَ عن تسليم العين، وهو غيرُ مُستَحَقٍّ بالعقد، فلا يثبتُ حقُّ الفسخ باعتباره، وإنما المستحَقُّ وَصْفٌ في الذمة، أعني الدينَ، وبقَبْضِ العين[(٣)]: تتحقَّقُ بينهما مبادلةٌ حكميةٌ.

هذا[(٤)] هو الحقيقةُ، فيجبُ اعتبارُها، إلا في موضعِ التعذُّر، كالسَّلَم؛ لأن الاستبدالَ ممتنعٌ، فأُعطِيَتِ العينُ[(٥)] حُكْمَ الدَّيْن، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) الحاوي الكبير ٢٦٦/٦.

(٢) وفي نُسخ: خيار البيع.

(٣) وفي نُسخ: الدين. أي المفقود، كما في حاشية نسخة ٧٩٧هـ.

(٤) أي تحقق المبادلة.

(٥) وضبطت في نُسخ: فأعطىٰ العينَ حكمَ الدين.

كتاب المَأذون

. . . .

كتاب المَأذون

الإذنُ: هو الإعلامُ، لغةً.

وفي الشرع: فَكُّ الحَجْرِ، وإسقاطُ الحَقِّ عندنا.

والعبدُ بعدَ ذلك يَتصرَّفُ لنفسِه بأهليته؛ لأنه بعد الرِّقِّ بقِيَ أهلاً للتصرُّف بلسانه الناطقِ، وعقلِه المميِّزِ، وانحجارُه عن التصرُّف: لحَقِّ المولىٰ؛ لأنه ما عُهِدَ تصرُّفُه إلا موجِباً، لتعلُّقِ الدَّيْنِ[1] برقبته أو بكَسْبه، وذلك مالُ المولىٰ، فلا بدَّ من إذنه؛ كي لا يَبطُلَ حَقُّه من غير رضاه، ولهذا لا يَرجِعُ[2] بما لَحِقَه من العُهدة علىٰ المولىٰ.

ولهذا لا يَقبلُ التأقيتَ، حتىٰ لو أَذِنَ لعبده يوماً أو شهراً: كان مأذوناً أبداً حتىٰ يُحجَرَ عليه؛ لأن الإسقاطات لا تتوقَّتُ.

ثم الإذنُ كما يثبتُ بالصريح: يثبتُ بالدلالة، كما إذا رأىٰ عبدَه يبيعُ ويشتري، فسكَتَ: يصيرُ مأذوناً له عندنا، خلافاً لزفر والشافعي[3] رحمهما الله.

---

(١) وفي نُسخ: تعلَّقَ الدينُ برقبته أو بكسبه.

(٢) أي المأذون، وضُبطت في نُسخ: يُرجَع. بالمبني للمجهول.

(٣) روضة الطالبين ٣/ ٥٧٠.

وإذا أَذِنَ المولىٰ لعبدِه في التجارة إذناً عاماً: جاز تصرُّفه في سائر التجارات، فيبيعُ ويشتري.

ولو باع أو اشترىٰ بالغَبْنِ اليسيرِ: فهو جائزٌ.

ولا فَرْقَ بين أن يبيعَ عيناً مملوكةً للمولىٰ أو للأجنبيِّ، بإذنه أو بغير إذنه، بيعاً صحيحاً أو فاسداً؛ لأن كلَّ مَن رآه يظنُّه مأذوناً له فيها[1]، فيُعاقِدُه، فيتضرَّرُ به لو لم يكن مأذوناً له، ولو لم يكنِ المولىٰ راضياً به: لمَنَعَه؛ دفعاً للضرر عنهم[2].

قال: (وإذا أَذِنَ المولىٰ لعبدِه في التجارة إذناً عاماً: جاز تصرُّفه في سائر التجارات).

ومعنىٰ هذه المسألة: أن يقولَ له: أَذِنتُ لكَ في التجارة، ولا يُقيِّدُه.

ووجهُه: أن التجارةَ اسمٌ عامٌّ يتناولُ الجنسَ.

(فيبيعُ ويشتري) ما بدا له من أنواع الأعيان؛ لأنه أصلُ التجارة.

(ولو باع أو اشترىٰ بالغَبْنِ اليسيرِ: فهو جائزٌ)؛ لتعذُّر الاحترازِ عنه.

وكذا بالفاحشِ عند أبي حنيفة رحمه الله، خلافاً لهما.

هما يقولان: إن البيعَ بالغَبْن الفاحش منه بمنزلة التبرُّعِ، حتىٰ اعتُبرَ مِن المريض من ثُلُثِ مالِه، فلا ينتظمُه الإذنُ، كالهبة.

---

(١) أي في التجارة.

(٢) أي عن كل مَن رآه من الناس. البناية ١٣/٤٠٨، وفي نُسخ: عنه.

ولو حابىٰ في مرضِ موتِه : يُعتبرُ من جميع مالِه إذا لم يكن عليه دينٌ، وإن كان : فمِن جميع ما بقِيَ.

وإن كان الدينُ مُحيطاً بما في يده : يُقالُ للمشتري : أدِّ جميعَ المحاباة، وإلا : فارددِ البيعَ، كما في الحرِّ.

وله أن يُسْلِمَ، ويَقبَلَ السَّلَم، وله أن يوكِّلَ بالبيع والشراء، ويَرهنُ، ويرتَهِنُ.

وله: أنه تجارةٌ، والعبدُ متصرِّفٌ بأهلية نفسِه، فصار كالحُرِّ.

وعلىٰ هذا الخلافِ: الصبيُّ المأذونُ له.

قال: (ولو حابىٰ في مرضِ موتِه: يُعتبرُ من جميع مالِه إذا لم يكن عليه دينٌ، وإن كان: فمِن جميع ما بقِيَ)؛ لأن الاقتصارَ في الحُرِّ علىٰ الثلث لحَقِّ الورثة، ولا وارثَ للعبد.

قال: (وإن كان الدينُ مُحيطاً بما في يده: يُقالُ للمشتري: أدِّ جميعَ المحاباة، وإلا: فارددِ البيع[1]، كما في الحرِّ.

وله أن يُسْلِمَ، ويَقبَلَ السَّلَم)؛ لأنه تجارةٌ.

(وله أن يوكِّلَ بالبيع والشراء)؛ لأنه قد لا يتفرَّغُ بنفسه.

قال: (ويَرهنُ، ويرتَهِنُ)؛ لأنهما من توابع التجارة، فإنه إيفاءٌ واستيفاءٌ.

ويَملِكُ أن يتقبَّلَ الأرض[2]، ويستأجرَ الأُجَرَاءَ والبيوتَ؛ لأن كلَّ ذلك من صنيعِ التجار.

---

(١) وفي نُسخ: المبيع.

(٢) أي يأخذها بالقَبالة، أي يستأجرها، أو يتقبَّلُ الأرضَ الموات من الإمام للإحياء.

. . . .

ويأخذَ الأرضَ مزارعةً؛ لأن فيه تحصيلَ الربح.

ويشتريَ طعاماً، فيزرعُه في أرضه؛ لأنه يُقصَدُ به الربحُ، قال عليه الصلاة والسلام: «الزارعُ: يتاجرُ ربَّه»[1].

وله أن يُشارِكَ شركةَ عِنَانٍ، ويدفعَ المالَ مضاربةً، ويأخذَها؛ لأنه من عادة التجَّار.

وله أن يُؤاجِرَ نفسَه عندنا، خلافاً للشافعي[2] رحمه الله.

هو يقولُ: لا يَملِكُ العقدَ علىٰ نفسه، فكذا علىٰ منافعِه؛ لأنها تابعةٌ لها[3].

ولنا: أن نفسَه رأسُ مالِه، فيملكُ التصرُّفَ فيه، إلا إذا كان يتضمنُ إبطالَ الإذنِ كالبيع[4]؛ لأنه ينحجِرُ به[5].

---

(١) قال في نصب الراية ٤/١٦٦: غريبٌ جداً، وقال في الدراية ٢/٢٠٠: لم أجده، وفي البناية ١٣/٤١١: ليس له أصل، وهو غريب جداً، وقال ابن أبي العز في التنبيه علىٰ مشكلات الهداية ٥/٦٥٦: حديثٌ منكرٌ لا أصل له.

ولم يخرِّجه العلامة قاسم في التعريف والإخبار، وكذلك لم يخرجه محققو الاختيار في طبعة مؤسسة الرسالة ٤/١٦٥.

قلت: قد ذكره الإمام محمد في كتابه الكسب ص١٤٣بدون سند مرفوعاً.

(٢) نهاية المطلب ٥/٤٧١.

(٣) أي تابعة لنفسه.

(٤) أي بيع نفسه.

(٥) أي بالبيع.

فإن أَذِنَ له في نوعٍ منها، دون غيرِه : فهو مأذونٌ له في جميعها.

والرهنِ[١]؛ لأنه يُحْبَسُ به[٢]، فلا يحصلُ مقصودُ المولىٰ.

أما الإجارةُ[٣]: فلا ينحجِرُ بها[٤]، ويَحصلُ بها المقصودُ، وهو الربح، فيملِكُه.

قال: (فإن أَذِنَ له في نوعٍ منها[٥]، دون غيرِه: فهو مأذونٌ له في جميعها).

وقال زفر والشافعي[٦] رحمهما الله: لا يكونُ مأذوناً إلا في ذلك النوع.

وعلىٰ هذا الخلاف: إذا نهاه عن التصرُّفِ في نوعٍ آخَر.

لهما: أن الإذنَ توكيلٌ وإنابةٌ من المولىٰ؛ لأنه يستفيدُ الولايةَ من جهته، ويثبتُ الحكمُ، وهو الملكُ له، دون العبد، ولهذا يملكُ حَجْرَه، فيتخصَّصُ بما خَصَّه به، كالمضارِب.

---

(١) عطفٌ علىٰ: كالبيع. حاشية نسخة ٨٦٠هـ.

(٢) لأن المأذون له يُحبَس بالرهن عند المرتهن، فلا يصلُ مقصود المولىٰ، وهو الربح. البناية ٤١٢/١٣.

(٣) أي إجارة نفسه.

(٤) وفي نُسخ: ينحجر به، ويحصل به: بالتذكير: أي بعقد الإجارة.

(٥) أي من التجارات.

(٦) نهاية المطلب ٤٧٧/٥.

وإن أَذِنَ له في شيءٍ بعَيْنه : فليس بمأذونٍ.

وإقرارُ المأذونِ بالديون والغُصُوب : جائزٌ.

ولنا: أنه إسقاطُ الحقِّ، وفَكُّ الحَجْر، علىٰ ما بيَّنَّاه، وعند ذلك تظهرُ مالكيةُ العبد، فلا يتخصَّصُ بنوعٍ، دونَ نوعٍ.

بخلاف الوكيل؛ لأنه يَتصرَّفُ في مالِ غيرِه، فتثبتُ له الولايةُ من جهته، وحكمُ التصرُّفِ، وهو الملكُ: واقعٌ للعبد، حتىٰ كان له أن يَصرِفَه إلىٰ قضاء الدَّيْن والنفقةِ، وما استغنىٰ عنه: يَخلُفُه المالكُ فيه.

قال: (وإن أَذِنَ له في شيءٍ بعَيْنه: فليس بمأذونٍ)؛ لأنه استخدامٌ.

ومعناه: أن يأمرَه بشراءِ ثوبٍ معيَّنٍ للكسوة، أو طعامٍ رزقاً لأهله، وهذا لأنه لو صار مأذوناً: يَنسَدُّ عليه باب الاستخدام.

بخلاف ما إذا قال: أدِّ إليَّ الغَلَّةَ كلَّ شهرٍ كذا، أو قال: أدِّ إليَّ ألفاً وأنت حُرٌّ؛ لأنه طَلَبَ منه المالَ، ولا يُحَصِّله إلا بالتكسُّب، أو قال: اقعُدْ صبَّاغاً أو قصَّاراً؛ لأنه أَذِنَ بشراء ما لا بدَّ له منه، وهو نوعٌ، فيصيرُ مأذوناً في الأنواع كلِّها.

قال: (وإقرارُ المأذونِ بالديون والغُصُوب: جائزٌ)، وكذا بالودائع؛ لأن الإقرارَ من توابع التجارة، إذ لو لم يصحَّ: لاجتنبَ الناسُ مبايعتَه ومعاملتَه.

ولا فَرْقَ بين ما إذا كان عليه دينٌ، أو لم يكن إذا كان الإقرارُ في صحته، فإن كان في مرضه: يُقدَّمُ دينُ الصحة، كما في الحُرِّ.

وليس له أن يَتزوَّج.

ولا يُزوِّجُ مماليكَه، ولا يكاتِبُ، ولا يُعتِقُ علىٰ مالٍ، ولا يُقْرِضُ.

بخلاف الإقرارِ بما يجبُ من المال، لا بسبب التجارة؛ لأنه كالمحجور في حَقِّه.

قال: (وليس له أن يَتزوَّج)؛ لأنه ليس بتجارةٍ.

قال: (ولا يُزوِّجُ مماليكَه).

وقال أبو يوسف رحمه الله: يُزوِّجُ الأَمَةَ؛ لأنه تحصيلُ المالِ بمنافعها، فأشبه إجارتَها.

ولهما: أن الإذنَ تضمَّن التجارةَ، وهذا ليس بتجارةٍ، ولهذا لا يملكُ تزويجَ العبدِ.

وعلىٰ هذا الخلاف: الصبيُّ المأذونُ، والمضاربُ، والشريكُ شركةَ عِنَانٍ، والأبُ، والوصيُّ.

قال: (ولا يكاتِبُ)؛ لأنه ليس بتجارةٍ، إذ هي مبادلةُ المال بالمال، والبدلُ فيه مقابَلٌ بفَكِّ الحَجْرِ، فلم يكن تجارةً، إلا أن يُجيزَه المولىٰ، ولا دينَ عليه؛ لأن المولىٰ قد مَلَكَه، ويصيرُ العبدُ المأذونُ نائباً عنه، وترجعُ الحقوقُ إلىٰ المولىٰ؛ لأن الوكيلَ في الكتابة سفيرٌ.

قال: (ولا يُعتِقُ علىٰ مالٍ)؛ لأنه لا يَملكُ الكتابةَ، فالإعتاقُ أَوْلىٰ.

قال: (ولا يُقْرِضُ)؛ لأنه تبرُّعٌ مَحضٌ، كالهبة.

ولا يَهَبُ بعِوَضٍ، ولا بغير عوضٍ.

إلا أن يُهدِيَ اليسيرَ من الطعام، أو يُضيِّفَ مَن يُطعِمُه.

وله أن يَحُطَّ من الثمن بالعيب مِثلَ ما يَحُطُّ التجارُ.

(ولا يَهَبُ بعِوَضٍ، ولا بغير عوضٍ)، وكذا لا يتصدَّقُ؛ لأن كلَّ ذلك تبرُّعٌ بصريحه، ابتداءً وانتهاءً، أو ابتداءً، فلا يدخلُ تحتَ الإذنِ بالتجارة.

(إلا أن يُهدِيَ اليسيرَ من الطعام، أو يُضيِّفَ مَن يُطعِمُه)؛ لأنه من ضرورات التجارة؛ استجلاباً لقلوب المُجاهِزين[1].

بخلاف المحجورِ عليه؛ لأنه لا إذنَ له أصلاً، فكيف يَثبتُ ما هو من ضروراته؟

وعن أبي يوسف رحمه الله: أن المحجورَ عليه إذا أعطاه المولىٰ قُوتَ يومه، فدعا بعضَ رُفَقائه علىٰ ذلك الطعام: فلا بأسَ به.

بخلاف ما إذا أعطاه المولىٰ قوتَ شهرٍ؛ لأنهم لو أكلوه قبلَ الشهر: يتضرَّرُ به المولىٰ.

قالوا: ولا بأس للمرأة أن تتصدَّقَ من منزل زوجِها بالشيءِ اليسيرِ، كالرغيف ونحوه؛ لأن ذلك غيرُ ممنوعٍ عنه في العادة.

قال: (وله أن يَحُطَّ من الثمن بالعيب مِثلَ ما يَحُطُّ التجارُ)؛ لأنه من

---

(١) جمع: مُجاهِز: وهو الغنيُّ من التجار، وكأنه أُريد به: المُجَهِّز، وهو الذي يبعث التجارَ بالجِهَاز، وهو فاخرُ المتاع، أو يُسافر به، فحُرِّف إلىٰ: المجاهز. البناية ١٣/١٩٧.

وديونُه متعلِّقةٌ برقبته، يُباعُ فيها للغرماء، إلا أن يَفدِيَه المولىٰ.

صنِيْعِهم، وربما يكون الحَطُّ أنظرُ له من قَبول المَعيب ابتداءً.

بخلاف ما إذا حَطَّ من غيرِ عيبٍ؛ لأنه تبرُّعٌ مَحْضٌ بعد تمام العقد، وليس من صنيع التجار.

ولا كذلك المحاباةُ في الابتداء؛ لأنه قد يَحتاجُ إليها، علىٰ ما بيَّنَّاه.

وله أن يؤجِّلَ في دَينٍ وَجَبَ له؛ لأنه من عادةِ التجار.

قال: (وديونُه متعلِّقةٌ برقبته، يُباعُ فيها للغرماء، إلا أن يَفدِيَه المولىٰ).

وقال زفر والشافعي[1] رحمه الله: لا يُباعُ، ويُباعُ كَسْبُه في دينه، بالإجماع.

لهما: أن غَرَضَ المولىٰ من الإذن: تحصيلُ مالٍ لم يكن، لا تفويتُ مالٍ قد كان له، وذلك في تعليقِ الدينِ بكَسْبِه، حتىٰ إذا فَضَلَ شيءٌ منه عنِ الدين: يحصلُ له لا بالرقبة.

بخلاف دَيْنِ الاستهلاك؛ لأنه نوعُ جنايةٍ، واستهلاكُ الرقبةِ بالجناية لا يتعلَّقُ بالإذن.

ولنا: أن الواجبَ في ذمةِ العبدِ ظَهَرَ وجوبُه في حقِّ المولىٰ، فيتعلَّقُ برقبته استيفاءً، كدين الاستهلاك، والجامعُ: دَفْعُ الضرر عن الناس.

وهذا لأن سببَه التجارةُ، وهي داخلةٌ تحتَ الإذن، وتعلُّقُ الدينِ برقبته استيفاءً: حامِلٌ علىٰ المعاملة، فمِن هذا الوجه صَلُحَ غَرَضاً للمولىٰ.

---

(١) أسنىٰ المطالب ١١٢/٢.

ويُقسَمُ ثَمَنُه بينهم بالحِصَص.

فإن فَضَلَ شيءٌ من ديونه: طُولِبَ به بعد الحرية.

وينعدمُ الضررُ في حَقِّه بدخول المَبيع في ملكه.

وتعلُّقُه بالكسب: لا ينافي تعلُّقَه بالرقبة، فيتعلَّقُ بهما، غيرَ أنه يُبدَأُ بالكسب في الاستيفاء؛ إيفاءً لحَقِّ الغرماء، وإبقاءً لمقصود المولىٰ، وعند انعدامه: يُستوفَىٰ من الرقبة.

وقولُه في «الكتاب[1]»: ديونُه: المرادُ منه: دَيْنٌ وَجَبَ بالتجارة، أو بما هو في معناها، كالبيع والشراء والإجارةِ والاستئجار، وضمانِ الغصوب[2] والودائعِ والأماناتِ إذا جَحَدها، وما يجبُ من العُقْر بوطء المشتراةِ بعد الاستحقاق؛ لاستناده إلىٰ الشراء، فيُلحَقُ به[3].

قال: (ويُقسَمُ ثَمَنُه بينهم بالحِصَص)؛ لتعلُّقِ حقِّهم بالرقبة، فصار كتعلُّقها بالتَّركة.

قال: (فإن فَضَلَ شيءٌ من ديونه: طُولِبَ به بعد الحرية)؛ لتقرُّرِ الدين في ذمته، وعدمِ وفاءِ الرقبة به.

ولا يباعُ ثانياً؛ كي لا يَمتنعَ البيعُ[4]، أو دفعاً للضرر عن المشتري.

---

(١) أي مختصر القدوري. البناية ١٣/٤٢٣.

(٢) وفي نُسخ: المغصوب.

(٣) أي بالشراء. البناية ١٣/٤٢٤، وفي نُسخ: فيُلحَقُ بالتجارة.

(٤) أي البيع الأول. البناية ١٣/٤٢٥.

فإن حُجِرَ عليه : لم يَنحَجِرْ حتىٰ يَظهَرَ حَجْرُه بين أهل سُوقِه .

ويتعلَّقُ دينُه بكَسْبه، سواءٌ حَصَلَ قبلَ لُحُوقِ الدَّيْن أو بعده، ويتعلَّقُ بما يَقبلُ من الهبة؛ لأن المولىٰ إنما يَخلُفُه في الملك بعد فراغِه عن حاجة العبد، ولم يَفْرُغْ.

ولا يَتعلَّقُ بما انتزَعَه المولىٰ من يدِه قبلَ لحوقِ الدَّيْن؛ لوجودِ شَرْطِ الخُلُوصِ له.

وله أن يأخذَ غَلَّةَ مِثلِه بعد الدَّيْن؛ لأنه لو لم يُمكَّن منه: يُحجَرُ عليه، فلا يَحصُلُ الكسبُ، والزيادةُ علىٰ غَلَّةِ المِثل يَرُدُّها علىٰ الغرماء؛ لعدم الضرورة فيها، وتقدُّمِ حَقِّهِم.

قال: (فإن حُجِرَ عليه: لم يَنحَجِرْ حتىٰ يَظهَرَ حَجْرُه[1] بين أهل سُوقِه)؛ لأنه لو انحجر: لتضرَّر الناسُ به، لتأخُّر حَقِّهم إلىٰ ما بعد العتق؛ لِمَا لم يتعلَّق برقبته وكسبِه، وقد بايعوه علىٰ رجاء ذلك.

ويُشترَطُ علمُ أكثرِ أهلِ سُوقه، حتىٰ لو حُجِرَ عليه في السوق، وليس فيه إلا رجلٌ أو رجلان: لا يَنحَجِر.

ولو بايعوه: جاز وإن[2] بايعَه الذي عَلِمَ بحَجْره.

ولو حُجِرَ عليه في بيته بمَحضَرٍ من أكثر أهلِ سوقه: يَنحَجِرُ.

---

(١) وضبطت في نُسخ أخرىٰ: يُظهِرَ حجرَه. بالمبني للمجهول.
(٢) إن: هنا وصليةٌ.

ولو ماتَ المولىٰ، أو جُنَّ، أو لَحِقَ بدار الحرب مرتداً: صار المأذونُ له محجوراً عليه.

وإذا أَبَقَ العبدُ المأذونُ له: صار محجوراً عليه.

والمعتبرُ: شيوعُ الحَجْرِ واشتهارُه، فيُقامُ ذلك مَقامَ الظهورِ عند الكلِّ، كما في تبليغ الرسالةِ من الرُّسُل عليهم الصلاةُ السلام.

ويبقىٰ العبدُ مأذوناً إلىٰ أن يَعلَمَ بالحَجْرِ، كالوكيل إلىٰ أن يَعلَمَ بالعزل.

وهذا لأنه يتضرَّرُ به، حيث يلزمُه قضاءُ الدين من خالصِ مالِه بعدَ العتق، وما رضيَ به[1].

وإنما يُشترطُ الشيوعُ في الحَجْرِ: إذا كان الإذنُ شائعاً، أما إذا لم يَعلم به إلا العبدُ، ثم حُجِرَ عليه بعلمٍ منه: يَنحَجِرُ؛ لأنه لا ضررَ فيه[2].

قال: (ولو مات المولىٰ، أو جُنَّ، أو لَحِقَ بدار الحرب مرتداً: صار المأذونُ له محجوراً عليه)؛ لأن الإذنَ غيرُ لازمٍ، وما لا يكون لازماً من التصرف: يُعطىٰ لدوامه حُكْمُ الابتداء، هذا هو الأصلُ، فلا بدَّ من قيام أهليةِ الإذنِ في حالةِ البقاء، وهي تَنعدِمُ بالموت، والجنون.

وكذا باللُّحوق؛ لأنه موتٌ حُكْماً، حتىٰ يُقسَمُ مالُه بين ورثته.

قال: (وإذا أَبَقَ العبدُ المأذونُ له: صار محجوراً عليه).

---

(١) أي إن العبد ما رضي بلزوم الدين عليه. البناية ١٣/ ٤٢٨.

(٢) أي علىٰ الناس.

وإذا وَلَدَتِ الأمةُ المأذونُ لها من مولاها: فذلك حَجْرٌ عليها.

ويَضمَنُ المولىٰ قيمتَها إن ركبَتْها ديونٌ.

وقال الشافعيُّ[1] رحمه الله: يبقىٰ مأذوناً؛ لأن الإباقَ لا ينافي ابتداءَ الإذن، فكذا لا ينافي البقاءَ، وصار كالغصب.

ولنا: أن الإباقَ حَجْرٌ دلالةً؛ لأنه إنما يرضىٰ بكونه مأذوناً علىٰ وجهٍ يتمكَّنُ من تقضية دينِه بكَسْبه، بخلاف ابتداءِ الإذن؛ لأن الدلالةَ لا معتبرَ بها عند وجودِ الصريحِ بخلافها، وبخلاف الغصب؛ لأن الانتزاعَ من يدِ الغاصب متيسِّرٌ.

قال: (وإذا وَلَدَتِ الأمةُ المأذونُ لها من مولاها: فذلك حَجْرٌ عليها)، خلافاً لزفر رحمه الله.

هو يَعتبرُ حالةَ البقاءِ بالابتداء.

ولنا: أن الظاهرَ أنه يُحَصِّنُها بعد الولادة، فيكونُ[2] دلالةً علىٰ الحجر عليها عادةً، بخلاف الابتداء[3]؛ لأن الصريحَ قاضٍ علىٰ الدلالة.

(ويَضمَنُ المولىٰ قيمتَها إن ركبَتْها ديونٌ)؛ لإتلافه مَحَلاًّ تعلَّق به حقُّ الغرماء، إذ به يَمتنعُ البيعُ، وبه يُقضىٰ حَقُّهم.

---

(١) البيان للعمراني ٧/ ٢٤٢.

(٢) أي تحصينه.

(٣) يعني بخلاف ما إذا أَذِنَ لأُمِّ ولدِه ابتداءً: حيث يجوز. البناية ١٣/ ٤٣٠.

وإذا استدانت الأمةُ المأذونُ لها أكثرَ من قيمتها، فدبَّرَها المولىٰ: فهي مأذونٌ لها علىٰ حالِها، والمولىٰ ضامنٌ لقيمتها.

وإذا حُجِرَ علىٰ المأذون له: فإقرارُه جائزٌ فيما في يده من المال عند أبي حنيفة رحمه الله.

قال: (وإذا استدانت الأمةُ المأذونُ لها أكثرَ من قيمتها، فدبَّرَها المولىٰ: فهي مأذونٌ لها علىٰ حالِها)؛ لانعدام دلالةِ الحجر، إذِ العادةُ ما جَرَتْ بتحصين المدبَّرة، ولا منافاةَ بين حُكْمَيْهما أيضاً.

(والمولىٰ ضامنٌ لقيمتها)؛ لِمَا قرَّرناه في أُمِّ الولد.

قال: (وإذا حُجِرَ علىٰ المأذون له: فإقرارُه جائزٌ فيما في يده من المال عند أبي حنيفة رحمه الله).

ومعناه: أن يُقِرَّ بما في يدِه أنه أمانةٌ لغيره، أو غَصْبٌ منه، أو يُقِرَّ بدينٍ عليه، فيُقضىٰ مما في يده.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: لا يجوزُ إقرارُه.

لهما: أن المصحِّحَ لإقراره إن كان هو الإذنَ: فقد زال بالحَجْر، وإن كان اليدَ: فالحَجْرُ أبطلها؛ لأن يدَ المحجورِ عليه غيرُ معتبرةٍ، وصار كما إذا أخذ المولىٰ كَسْبَه من يده قبلَ إقراره، أو ثَبَتَ حَجْرُه بالبيع من غيره، ولهذا لا يصحُّ إقرارُه في حَقِّ الرقبة بعد الحَجْر.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن المصحِّحَ هو اليدُ، ولهذا لا يصح إقرارُ المأذون له فيما أَخَذَه المولىٰ من يده، واليدُ باقيةٌ حقيقةً.

وإذا لَزِمَتْه ديونٌ تُحيطُ بمالِه ورقبته : لم يملكِ المولىٰ ما في يده .

ولو أَعتَقَ المولىٰ مِن كَسْبِه عبداً : لم يَعتِقْ عند أبي حنيفة رحمه الله .

وقالا : يملكُ ما في يده، ويَعتِقُ، وعليه قيمتُه .

وشَرْطُ بطلانِها بالحَجْر حُكماً: فراغُها عن حاجتِه، وإقرارُه: دليلُ تحقُّقِها.

بخلاف ما إذا انتزعه المولىٰ من يده قبلَ الإقرار؛ لأن يدَ المولىٰ ثابتةٌ حقيقةً وحُكْماً، فلا تبطُلُ بإقراره.

وكذا مِلْكُه ثابتٌ في رقبته، فلا يبطلُ بإقراره من غير رضاه.

وهذا بخلاف ما إذا باعه؛ لأن العبدَ قد تبدَّل بتبدُّل الملك، علىٰ ما عُرِفَ، فلا يبقىٰ ما ثَبتَ بحُكْم الملك، ولهذا لم يكن خصماً فيما باشَرَه قبلَ البيع.

قال: (وإذا لَزِمَتْه ديونٌ تُحيطُ بمالِه ورقبته: لم يملكِ المولىٰ ما في يده.

ولو أَعتَقَ المولىٰ مِن كَسْبِه عبداً: لم يَعتِقْ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يملكُ ما في يده، ويَعتِقُ، وعليه قيمتُه)؛ لأنه وُجِدَ سببُ الملكِ في كَسْبِه، وهو مِلكُ رقبتِه، ولهذا يملكُ إعتاقَه، ووطءَ الجارية المأذونِ لها، وهذا آيةُ كمالِه.

بخلاف الوارث؛ لأنه يثبتُ الملكُ له؛ نظراً للمورِّث، والنظرُ في ضدِّه عند إحاطة الدَّيْن بتركته.

أما مِلْكُ المولىٰ: فما ثبت؛ نظراً للعبد.

وإن لم يكنِ الدَّيْنُ محيطاً بمالِه : جاز عِتْقُه، في قولهم جميعاً.

وإن باع من المولىٰ شيئاً بمِثْل قيمتِه : جاز.

وإن باعه بنقصانٍ : لم يَجُزْ.

وله: أن ملكَ المولىٰ إنما يثبتُ خِلافةً عن العبد عند فراغِه عن حاجته، كمِلْكِ الوارث، علىٰ ما قرَّرناه.

والمحيطُ به الدينُ: مشغولٌ بها[1]، فلا يَخلُفُه فيه، وإذا عُرف ثبوتُ الملك وعدمُه: فالعتقُ فُرَيْعَتُه.

وإذا نَفَذَ عندهما: يضمنُ قيمتَه للغرماء؛ لتعلُّق حَقِّهم به.

قال: (وإن لم يكنِ الدَّيْنُ محيطاً بمالِه: جاز عِتْقُه، في قولهم جميعاً).

أما عندهما: فظاهرٌ، وكذا عنده؛ لأنه لا يَعرىٰ عن قليله، فلو جُعلَ مانعاً لملك المولىٰ: لانْسَدَّ بابُ الانتفاعِ بكسبه، فيَختَلُّ ما هو المقصودُ من الإذن، ولهذا لا يَمنعُ مِلْكَ الوارثِ، والمستغرِقُ يمنعُه.

قال: (وإن باع من المولىٰ شيئاً بمِثْل قيمتِه: جاز)؛ لأنه كالأجنبيِّ عن كَسْبِه إذا كان عليه دينٌ يُحيطُ بكَسْبه.

(وإن باعه بنقصانٍ: لم يَجُزْ)؛ لأنه متَّهمٌ في حَقِّه.

بخلاف ما إذا حابىٰ الأجنبيَّ عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه لا تُهمةَ فيه.

وبخلاف ما إذا باع المريضُ من الوارث بمثل قيمتِه، حيث لا يجوزُ

---

(١) أي المال الذي أحاط به الدين: مشغولٌ بالحاجة. البناية ١٣/ ٤٣٥.

. . . .

عنده؛ لأن حَقَّ بقيةِ الورثة تعلَّقَ بعَيْنه، حتىٰ كان لأحدِهم الاستخلاصُ بأداء قيمتِه، أما حقُّ الغرماء: تَعَلَّقَ بالمالية، لا غيرَ، فافترقا من هذا الوجه.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن باعه بنقصانٍ: يجوز البيعُ، ويُخيَّرُ المولىٰ: إن شاء أزال المحاباةَ، وإن شاء نَقَضَ البيعَ.

وعلىٰ هذين المذهبَيْن[١]: اليسيرُ من المحاباةِ والفاحشُ: سواءٌ.

ووَجْهُ ذلك: أن الامتناعَ لدفع الضررِ عن الغرماء، وبهذا يندفعُ الضررُ عنهم.

وهذا بخلاف البيع من الأجنبي بالمحاباة اليسيرة، حيث يجوز، ولا يُؤمرُ بإزالة المحاباة، والمولىٰ يُؤمَرُ بها؛ لأن البيعَ باليسير منهما[٢]: متردِّدٌ بين التبرع والبيع؛ لدخوله تحت تقويمِ المقوِّمين، فاعتبرناه تبرعاً في البيعِ مع المولىٰ: للتهمة، غيرَ تبرُّعٍ في حَقِّ الأجنبيِّ؛ لانعدامها.

وبخلاف ما إذا باع من الأجنبيِّ بالكثير من المحاباة، حيث لا يجوزُ أصلاً عندهما، ومن المولىٰ: يجوزُ، ويُؤمَرُ بإزالة المحاباة؛ لأن المحاباةَ لا تجوزُ من العبدِ المأذونِ له علىٰ أصلهما إلا بإذن المولىٰ، ولا إذنَ في البيع

---

(١) أي مذهب الإمام، ومذهب صاحبيه رحمهم الله جميعاً.

(٢) أي من المولىٰ والأجنبي، وفي نُسخ: منها: أي من المحاباة. وأشار إلىٰ هـذا العيني في البناية ١٣/٤٣٨، وسعدي في حاشيته علىٰ الهداية.

وإن باعه المولىٰ شيئاً بمِثل القيمةِ، أو أقلَّ: جاز البيعُ.

فإن سَلَّم المبيعَ إليه قبلَ قَبْضِ الثمن: بَطَلَ الثمنُ.

مع[1] الأجنبي، وهو آذِنٌ[2] بمباشرته بنفسه، غيرَ أن إزالةَ المحاباةِ لِحَقِّ الغرماء، وهذانِ[3] الفَرْقانِ علىٰ أصلهما[4].

قال: (وإن باعه المولىٰ شيئاً بمِثل القيمةِ، أو أقلَّ: جاز البيعُ)؛ لأن المولىٰ أجنبيٌّ عن كَسْبِه إذا كان عليه دينٌ، علىٰ ما بيَّنَّاه، ولا تُهمةَ في هذا البيع.

ولأنه مفيدٌ، فإنه يدخلُ في كسبِ العبدِ ما لم يكن فيه، ويَتمكَّنُ المولىٰ من أَخْذِ الثمنِ بعد أن لم يكنْ له هذا التمكُّنُ، وصحةُ التصرفِ: تتبعُ الفائدةَ.

قال: (فإن سَلَّم المبيعَ إليه قبلَ قَبْضِ الثمن: بَطَلَ الثمنُ)؛ لأن حَقَّ المولىٰ في العين من حيثُ الحَبْسُ، فلو بقيَ بعد سقوطه: يبقىٰ في الدين[5]، ولا يستوجِبُه المولىٰ علىٰ عبده.

بخلاف ما إذا كان الثمنُ عَرْضاً؛ لأنه يتعيَّنُ، وجاز أن يبقىٰ حَقُّه متعلِّقاً بالعين.

---

(١) وفي نُسخ: من.

(٢) أي المولىٰ آذِنٌ، علىٰ وزن: فاعل، من الإذن.

(٣) وفي نُسخ: وهذا الفُرقانُ. بالإفراد، علىٰ وزن: فُعلان، مصدرٌ، بمعنىٰ: الفرق. البناية ١٣/٤٣٩.

(٤) أي أصل الصاحبين رحمهما الله.

(٥) وفي نُسخة ٩٨١هـ: يبقىٰ الدينُ في ذمة العبد.

وإن أمسكه في يدِه حتىٰ يستوفيَ الثمنَ: جاز.

وإذا أَعتق المولىٰ العبدَ المأذونَ له، وعليه ديونٌ: فعِتْقُه جائزٌ، والمولىٰ ضامِنٌ لقيمته للغرماء، وما بقيَ من الديون يُطالَبُ به بعد العتق.

قال: (وإن أمسكه في يدِه حتىٰ يستوفيَ الثمنَ: جاز)؛ لأن البائعَ له حَقُّ الحبسِ في المَبيع، ولهذا كان أخصَّ[١] به من الغرماء، وجاز أن يكون للمولىٰ حَقٌّ في الدين إذا كان يتعلَّقُ بالعين.

ولو باعه بأكثرَ من قيمتِه: يُؤمَرُ بإزالة المحاباة، أو بنَقْض البيع، كما بيَّنَّا في جانب العبد؛ لأن الزيادةَ تعلَّقَ بها حقُّ الغرماء وحدَه.

قال: (وإذا أَعتق المولىٰ العبدَ المأذونَ له، وعليه ديونٌ: فعِتْقُه جائزٌ)؛ لأن مِلْكَه فيه باقٍ.

(والمولىٰ ضامِنٌ لقيمته للغرماء)؛ لأنه أتلف ما تعلَّق به حَقُّهم بيعاً واستيفاءً من ثمنه.

قال: (وما بقيَ من الديون يُطالَبُ به بعد العتق)؛ لأن الدينَ في ذمته، وما لزم المولىٰ إلا بقَدْر ما أتلف ضماناً، فبقِيَ الباقي عليه كما كان.

فإن كان أقلَّ من قيمته: ضَمِنَ الدينَ، لا غيرَ؛ لأن حَقَّهم بقَدْره.

بخلاف ما إذا أعتق المدبَّرَ وأمَّ الولد المأذونَ لهما وقد ركِبَتْهما ديونٌ؛ لأن حَقَّ الغرماءِ لم يتعلَّقْ برقبتهما استيفاءً بالبيع، فلم يكنِ المولىٰ مُتْلِفاً حَقَّهم، فلا يَضمنُ شيئاً.

---

(١) وفي نُسخ: أحقَّ.

فإن باعه المولىٰ، وعليه دينٌ يُحيطُ برقبته، وقَبَضَه المشتري، وغَيَّبه: فإن شاء الغرماءُ ضَمَّنوا البائعَ قيمتَه، وإن شاؤوا ضمَّنوا المشتريَ.

وإن شاؤوا أجازوا البيعَ، وأخذوا الثمنَ.

فإن ضمَّنوا البائعَ قيمتَه، ثم رُدَّ علىٰ المولىٰ بعيبٍ: فللمولىٰ أن يرجعَ بالقيمة، ويكونُ حَقُّ الغرماء في العبد.

ولو كان المولىٰ باعه من رجلٍ، وأعلمَه بالدين: فللغرماءِ أن يَردُّوا البيعَ.

قال: (فإن باعه المولىٰ، وعليه دينٌ يُحيطُ برقبته، وقَبَضَه المشتري، وغَيَّبه: فإن شاء الغرماءُ ضَمَّنوا البائعَ قيمتَه، وإن شاؤوا ضمَّنوا المشتريَ)؛ لأن العبدَ تعلَّق به حَقُّهم، حتىٰ كان لهم أن يبيعوه، إلا أن يقضيَ المولىٰ دينَهم، والبائعُ متلِفٌ حَقَّهم بالبيع والتسليم، والمشتري بالقبض والتغييب، فيُخيَّروا في التضمين.

(وإن شاؤوا أجازوا البيعَ، وأخذوا الثمنَ)؛ لأنَّ الحقَّ لهم، والإجازةُ اللاحقةُ: كالإذن السابقِ، كما في المرهون.

قال: (فإن ضمَّنوا البائعَ قيمتَه، ثم رُدَّ علىٰ المولىٰ بعيبٍ: فللمولىٰ أن يرجعَ بالقيمة، ويكونُ حَقُّ الغرماء في العبد)؛ لأن سببَ الضمانِ قد زال، وهو البيعُ والتسليمُ، وصار كالغاصب إذا باع وسَلَّم، وضَمِنَ القيمةَ، ثم رُدَّ عليه بالعيب: كان له أن يَردَّ علىٰ المالك، ويَستردَّ القيمةَ، كذا هذا.

قال: (ولو كان المولىٰ باعه من رجلٍ، وأعلمَه بالدين: فللغرماءِ أن يَردُّوا البيعَ)؛ لتعلُّق حَقِّهم، وهو حَقُّ الاستسعاء والاستيفاء من رقبته،

فإن كان البائعُ غائباً : فلا خصومةَ بينهم وبين المشتري .

وهذا عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله : المشتري خصمٌ، ويُقضىٰ لهم بدَيْنهم .

وفي كلٍّ واحدٍ منهما فائدةٌ، فالأولُ: تامٌّ مؤخَّرٌ، والثاني: ناقصٌ معجَّلٌ، وبالبيع تفوتُ هذه الخِيْرةُ، فلهذا كان لهم أن يَردُّوه.

قالوا: تأويلُه: إذا لم يَصِلْ إليهمُ الثمنُ، فإن وصل ولا محاباةَ في البيع: ليس لهم أن يَردُّوه؛ لوصول حقِّهم إليهم.

قال: (فإن كان البائعُ غائباً: فلا خصومةَ بينهم وبين المشتري)، معناه: إذا أنكر الدَّيْنَ.

(وهذا عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: المشتري خصمٌ، ويُقضىٰ لهم بدَيْنهم).

وعلىٰ هذا الخلاف: إذا اشترىٰ داراً، ووَهَبَها وسلَّمها، وغاب، ثم حضر الشفيعُ: فالموهوبُ له ليس بخصمٍ عندهما، خلافاً له.

وعنهما: مثلُ قولِه في مسألة الشفعة.

لأبي يوسف رحمه الله: أنه يدَّعي الملكَ لنفسه، فيكونُ خصماً لكلِّ مَن ينازعُه.

ولهما: أن الدعوىٰ تتضمَّنُ فَسْخَ العقدِ، وقد قام بهما، فيكونُ الفسخُ قضاءً علىٰ الغائب.

ومَن قَدِمَ مصراً، وقال: أنا عبدٌ لفلانٍ، فاشترىٰ وباع: لَزِمَه كلُّ شيءٍ من التجارة، إلا أنه لا يُباعُ حتىٰ يَحضُرَ مولاه.

فإن حَضَرَ، وقال: هو مأذونٌ له: بِيْعَ في الدَّيْن.

قال: (ومَن قَدِمَ مصراً، وقال: أنا عبدٌ لفلانٍ، فاشترىٰ وباع: لَزِمَه كلُّ شيءٍ من التجارة)؛ لأنه إن أخبر بالإذن: فالإخبارُ دليلٌ عليه، وإن لم يُخبِرْ: فتصرُّفُه دليلٌ عليه[١]، إذِ الظاهرُ أن المحجورَ يجري علىٰ موجَبِ حجرِه، والعملُ بالظاهر هو الأصلُ في المعاملات؛ كي لا يضيقَ الأمرُ علىٰ الناس.

(إلا أنه لا يُباعُ حتىٰ يَحضُرَ مولاه)؛ لأنه لا يُقبَلُ قولُه في الرقبة؛ لأنها خالصُ حَقِّ المولىٰ، بخلاف الكسب[٢]؛ لأنه حَقُّ العبد، علىٰ ما بيَّنَّاه.

قال: (فإن حَضَرَ، وقال: هو مأذونٌ له: بِيْعَ في الدَّيْن)؛ لأنه ظَهَرَ الدينُ في حقِّ المولىٰ.

وإن قال: هو محجورٌ: فالقولُ قولُه؛ لأنه متمسِّكٌ بالأصل، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) وفي نُسخ: فتصرُّفه جائزٌ.

(٢) وفي نُسخ: بالتكسُّب.

فصلٌ

وإذا أَذِنَ وليُّ الصبيِّ للصبيِّ في التجارة: فهو في البيع والشراءِ، كالعبد المأذونِ إذا كان يَعقِلُ البيعَ والشراءَ.

فصلٌ

أحكام إذْن الصبيِّ

قال: (وإذا أَذِنَ وليُّ الصبيِّ للصبيِّ في التجارة: فهو في البيع والشراءِ، كالعبد المأذونِ إذا كان يَعقِلُ البيعَ والشراءَ[1])، حتىٰ يَنفُذُ تصرُّفُه.

وقال الشافعيُّ[2] رحمه الله: لا ينفُذُ[3]؛ لأن حَجْرَه لصِباه، فيبقىٰ ببقائه.

ولأنه مولًّى عليه، حتىٰ يملكُ الوليُّ التصرُّفَ عليه، ويَملِكُ حَجْرَه، فلا يكون والياً؛ للمنافاة، وصار كالطلاق والعتاق.

بخلاف الصومِ والصلاةِ[4]؛ لأنه لا يُقامُ بالولي.

وكذا الوصيةُ، علىٰ أصلِه[5]، فتحقَّقتِ الضرورةُ إلىٰ تنفيذه منه.

---

(١) لفظ: والشراءَ: مثبتٌ في بداية المبتدي ص٦٠٨، وفي طبعات الهداية.

(٢) كفاية النبيه ١٠/٤٧.

(٣) أي تصرُّفه.

(٤) أي الصوم النفل، والصلاة النافلة. البناية ١٣/٤٤٩.

(٥) أي علىٰ أصل الإمام الشافعي، فتجوز الوصية من الصبي عنده بأعمال البِـرِّ؛ لأنها لا تقوم بالولي، فلم يَصِرْ مولَياً عليه، فلهذا تجوز منه. حاشية نسخة ٧٣٨هـ، وينظر البناية ١٣/٤٤٩.

. . . .

أما البيع والشراء: فيتولاَّه الوليُّ، فلا ضرورةَ ها هنا.

ولنا: أن التصرفَ المشروعَ صَدَرَ من أهله، في مَحَلِّه، عن ولايةٍ شرعيةٍ، فوَجَبَ تنفيذُه، علىٰ ما عُرف تقريرُه في الخلافيات[1].

والصِّبَا سببُ الحَجْرِ؛ لعدم الهداية، لا لذاته، وقد ثبتتْ نظراً إلىٰ إذن الولي، وبقاءُ ولايتِه: لنظر الصبي؛ لاستيفاء المصلحةِ بطريقَيْن، واحتمالِ تبدُّلِ الحال.

بخلاف الطلاقِ والعتاق؛ لأنه ضارٌّ مَحْضٌ، فلم يُؤهَّلْ له.

والنافعُ المَحْضُ: كقبول الهبة والصدقة، يُؤهَّلُ له قبلَ الإذن.

والبيعُ والشراءُ دائرٌ بين النفع والضرر، فيُجعَلُ أهلاً له بعد الإذن، لا قبلَه، لكنْ قبلَ الإذن: يكونُ موقوفاً منه علىٰ إجازة الولي؛ لاحتمال وقوعِه نظراً، وصحةِ التصرف في نفسه.

وذِكْرُ الوليِّ في «الكتاب[2]»: يَنتظمُ الأبَ، والجَدَّ عند عدمِه، والوصيَّ، والقاضيَ، والواليَ.

---

(١) أراد بها نُسَخَ الخلافيات، فإن المحققِّين من أصحابنا المتقدمين صنَّفوا نُسخاً مشتملةً علىٰ المسائل الفقهية الخلافية، وسمَّوْها: الخلافيات، وطريقةَ الخلاف، وذكروا فيها كثيراً من المسائل الخلافية. البناية ١٣/٢٥٩.

(٢) أي مختصر القدوري.

والمعتوهُ الذي يعقلُ البيعَ والشراءَ: بمنزلة الصبيِّ.

بخلاف صاحبِ الشُّرَط[١]؛ لأنه ليس إليه تقليدُ القُضاة.

والشَّرْطُ: أن يَعقلَ كونَ البيع سالباً للملك، جالباً للربح.

والتشبيهُ بالعبد المأذونِ له: يفيدُ أنَّ ما يَثبتُ في العبد من الأحكام: يثبتُ في حقِّه؛ لأن الإذنَ فكُّ الحجرِ، والمأذونُ يتصرَّفُ بأهليةِ نفسه، عبداً كان أو صبياً، فلا يتقيدُ تصرُّفُه بنوعٍ دون نوع، ويصيرُ مأذوناً بالسكوت، كما في العبد.

ويصحُّ إقرارُه بما في يده من كَسْبِه، وكذا بمَوْروثه[٢]، في ظاهر الرواية، كما يصحُّ إقرارُ العبد.

قال: ولا يملكُ تزويجَ عبدِه، ولا كتابتَه، كما في العبد.

قال: (والمعتوهُ الذي يعقلُ البيعَ والشراءَ: بمنزلة الصبيِّ)، حتىٰ يصيرُ مأذوناً بإذن الأبِ والجَدِّ والوصيِّ، دونَ غيرِهم، علىٰ ما بيَّنَّاه، وحُكْمُه حُكمُ الصبيِّ، والله أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) يريد به أمير البلدة، والشُّرَطُ: جمع: شُرْطة. البناية ١٣/ ٤٥١.

(٢) أي وكذا يصح إقراره بموروثه.

كتاب الغصب

ومَن غَصَبَ شيئاً له مِثلٌ، كالمَكيل والموزون، فهَلَكَ في يده: فعليه مِثْلُه.

كتاب الغصب

الغصبُ: في اللغة: أَخْذُ الشيءِ من الغير علىٰ سبيلِ التغلُّبِ؛ للاستعمال فيه بين أهل اللغة.

وفي الشريعة: أَخْذُ مالٍ متقوِّمٍ محترَمٍ بغير إذنِ المالك، علىٰ وَجْهٍ يُزيلُ يدَه، حتىٰ كان استخدامُ العبدِ، وحَمْلُ الدابة: غصباً، دون الجلوسِ علىٰ البساط.

ثم إن كان[1] مع العلم: فحُكْمُه: المَأثَمُ، والمَغْرَمُ.

وإن كان بدونه: فالضمانُ؛ لأنه حَقُّ العبد، فلا يَتوقَّفُ علىٰ قَصْدِهِ، ولا إثمَ؛ لأن الخطأ موضوعٌ.

قال: (ومَن غَصَبَ شيئاً له مِثلٌ، كالمَكيل والموزون، فهَلَكَ في يده: فعليه مِثْلُه).

وفي بعض النُّسَخ[2]: فعليه ضمانُ مثلِه، ولا تفاوتَ بينهما[3].

---

(١) أي الغصب.

(٢) أي نُسخ مختصر القدوري. البناية ١٣/٤٥٧.

(٣) أي بين النسختين، أو الكلامين، أي بين المثل، وبين ضمان المثل. البناية =

فإن لم يَقْدِر علىٰ مِثْلِه : فعليه قيمتُه يومَ يختصمون، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله : يومَ الغصب، وقال محمدٌ رحمه الله : يومَ الانقطاع .

وهذا لأن الواجبَ هو المثلُ؛ لقوله تعالىٰ: ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾. البقرة/١٩٤.

ولأن المِثْلَ أعدلُ؛ لِمَا فيه من مراعاةِ الجنسِ والمالية، فكان أدفعَ للضرر.

قال: (فإن لم يَقْدِر علىٰ مِثْلِه: فعليه قيمتُه يومَ يختصمون، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: يومَ الغصب، وقال محمدٌ رحمه الله: يومَ الانقطاع[1]).

لأبي يوسف رحمه الله: أنه لَمَّا انقطع: التحَقَ بما لا مِثْلَ له، فتُعتبرُ قيمتُه يومَ انعقادِ السبب، إذ هو الموجِبُ.

ولمحمدٍ رحمه الله: أن الواجبَ هو المِثلُ في الذمة، وإنما يَنتقِلُ إلىٰ القيمةِ بالانقطاع، فتُعتبرُ قيمتُه يومَ الانقطاع.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن النقلَ لا يثبتُ بمجرد الانقطاع، ولهذا لو صَبَرَ إلىٰ أن يوجدَ جنسُه: له ذلك.

وإنما يَنتقِلُ بقضاء القاضي، فتُعتبرُ قيمتُه يومَ الخصومة والقضاء.

١٣/٤٥٧، وحاشية نسخة ٧٤٢هـ.

(١) أي انقطاع مثله عن أيدي الناس.

وما لا مِثلَ له : فعليه قيمتُه يومَ غَصَبَه .

وعلىٰ الغاصبِ رَدُّ العينِ المغصوبة .

بخلاف ما لا مِثلَ له؛ لأنه مطالَبٌ بالقيمة بأصل السبب كما وُجِدَ، فتُعتبرُ قيمتُه عند ذلك[1].

قال: (وما لا مِثلَ له: فعليه قيمتُه يومَ غَصَبَه[2]).

معناه: العددياتُ المتفاوتةُ[3]؛ لأنه لَمَّا تعذَّر مراعاةُ الحقِّ في الجنس: فيُراعىٰ في المالية وحدَها؛ دفعاً للضرر بقدر الإمكان.

أما العدديُّ المتقارِبُ: فهو كالمكيل، حتىٰ يجبُ مثلُه؛ لقلَّة التفاوت.

وفي البُرِّ المَخلوط بالشعير: القيمةُ؛ لأنه لا مِثلَ له.

قال: (وعلىٰ الغاصبِ رَدُّ العينِ المغصوبة).

معناه: ما دام قائماً؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «علىٰ اليدِ ما أَخَذَتْ حتىٰ تَرُدَّ»[4].

---

(١) أي زمان الغصب.

(٢) وضُبطت: يوم غَصْبِه. قلت: والمعنىٰ واحدٌ.

(٣) كالرُّمَّان والسفرجل والثياب.

(٤) سنن الترمذي (١٢٦٦)، وقال: حسن صحيح، سنن أبي داود (٣٥٦١).

قال في نصب الراية ٤/١٦٧: «قال المنذري: قول الترمذي فيه: حديث حسن: يدل علىٰ أنه يُثْبِت سماعَ الحسن عن سمرة، وقال ابن طاهر: إسناده حسن متصل».

فإن ادَّعىٰ هلاكَها: حَبَسَه الحاكمُ حتىٰ يُعلَمَ أنها لو كانت باقيةً لأظهرها، أو يقومُ ببيِّنةٍ، ثم قَضىٰ عليه ببدلها.

وقال عليه الصلاة والسلام: «لا يَحِلُّ لأحدٍ أن يأخذَ متاعَ أخيه لاعِباً، ولا جادّاً، فإن أَخَذَه: فليَرُدَّه عليه»[١].

ولأن اليدَ حَقٌّ مقصودٌ، وقد فوَّتَها عليه، فيجبُ إعادتُها بالردِّ إليه، وهو الموجِبُ الأصليُّ، علىٰ ما قالوا[٢]، وردُّ القيمةِ مَخْلَصٌ خَلَفاً؛ لأنه قاصرٌ، إذِ الكمالُ في ردِّ العين والمالية.

وقيل: الموجَبُ الأصليُّ: القيمةُ، وردُّ العينِ: مَخْلَصٌ، ويَظهرُ ذلك في بعض الأحكام.

والواجبُ الردُّ في المكان الذي غَصَبَه؛ لتفاوت القِيَمِ بتفاوت الأماكن.

قال: (فإن ادَّعىٰ[٣] هلاكَها: حَبَسَه الحاكمُ حتىٰ يُعلَمَ أنها لو كانت باقيةً لأظهرها، أو يقومُ ببيِّنةٍ[٤]، ثم قَضىٰ عليه ببدلها)؛ لأن الواجبَ عليه ردُّ العين، والهلاكُ بعارضٍ، فهو يدَّعي أمراً عارِضاً خلافَ الظاهر، فلا يُقبَلُ قولُه، كما إذا ادَّعىٰ الإفلاسَ، وعليه ثمنُ المتاع، فيُحبَسُ إلىٰ أن يَعلَمَ ما يدَّعيه، فإذا عَلِمَ الهلاكَ: سقط عنه ردُّه، فيَلزمُه ردُّ بدلِه، وهو القيمة.

---

(١) سنن أبي داود (٥٠٠٣)، سنن الترمذي (٢١٦٠)، وقال: حديث حسن.

(٢) أي مشايخ الحنفية.

(٣) أي الغاصب.

(٤) أو يقوم ببينة: مثبتٌ في نسخة ٩٨١هـ، أي يقوم الغاصب ببينة علىٰ هلاكها.

والغصبُ: فيما يُنقَلُ ويُحوَّلُ.

وإذا غَصَبَ عقاراً، فهَلَكَ في يده: لم يضمنه، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: يضمنُه.

قال: (والغصبُ: فيما يُنقَلُ ويُحوَّلُ)؛ لأن الغصبَ بحقيقته يتحقَّقُ فيه، دونَ غيره؛ لأن إزالةَ اليد بالنقل.

قال: (وإذا غَصَبَ عقاراً، فهَلَكَ في يده: لم يضمنه، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله).

(وقال محمدٌ رحمه الله: يضمنُه)، وهو قولُ أبي يوسف رحمه الله الأولُ، وبه قال الشافعيُّ[1] رحمه الله؛ لتحقُّقِ إثبات اليد.

ومن ضرورته: زوالُ يدِ المالك؛ لاستحالة اجتماعِ اليدين علىٰ مَحَلٍّ واحدٍ في حالةٍ واحدةٍ، فيتحقَّقُ الوصفان[2]، وهو الغصبُ، علىٰ ما بيَّنَّاه، فصار كالمنقول، وجحودِ الوديعة.

ولهما: أن الغصبَ إثباتُ اليدِ بإزالة يدِ المالك بفعلٍ في العين، وهذا لا يُتصوَّرُ في العقار؛ لأن يدَ المالكِ لا تزولُ إلا بإخراجه عنها، وهو فعلٌ فيه، لا في العقار، فصار كما إذا بَعَّدَ[3] المالكَ عن المواشي.

---

(١) جواهر العقود ١/١٧٩.

(٢) وهما: إزالة يد المالك، وإثبات يد الغاصب. البناية ١٣/٤٦٧.

(٣) وفي نُسخ: أَبعد المالكَ. أي من الإبعاد، والمراد بعَّدَه حتىٰ تلفت المواشي، فإن ذلك لا يكون غصباً لها. البناية ١٣/٤٦٨.

وما نَقَصَه منه بفِعْلِه، وسُكْناه: ضَمِنَه، في قولهم جميعاً.

وإن انتَقَصَ بالزراعة: يَغْرَمُ النقصانَ، ويأخذُ رأسَ مالِه، ويتصدَّقُ بالفضل.

قال رضي الله عنه: وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وفي المنقول: النقلُ فِعْلٌ فيه، وهو الغصب.

ومسألةُ الجحودِ: ممنوعةٌ[١]، ولو سُلِّمَ: فالضمانُ هنالك بتَرْكِ الحفظِ الملتزَمِ، وبالجحود: تاركٌ لذلك.

قال: (وما نَقَصَه منه بفِعْلِه، وسُكْناه: ضَمِنَه، في قولهم جميعاً)؛ لأنه إتلافٌ، والعقارُ يُضمَنُ به، كما إذا نَقَلَ ترابَه؛ لأنه فِعْلٌ في العين.

ويَدخلُ فيما قاله[٢]: إذا انهدمتِ الدارُ بسُكْناه وعملِه، فلو غَصَبَ داراً، وباعها، وسلَّمها، وأقرَّ بذلك، والمشتري يُنكِرُ غَصْبَ البائعِ[٣]، ولا بينةَ لصاحب الدار: فهو على الاختلافِ في الغصب، هو الصحيح.

قال: (وإن انتَقَصَ بالزراعة: يَغْرَمُ النقصانَ)؛ لأنه أتلف البعضَ.

(ويأخذُ رأسَ مالِه، ويتصدَّقُ بالفضل.

قال رضي الله عنه: وهذا عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

---

(١) أي لا نسلم أنه إذا جحد الوديعة يضمن. البناية ١٣/٤٦٨.

(٢) أي القدوري في مختصره.

(٣) قوله: والمشتري ينكر غَصْبَ البائع: مثبتٌ في نسخة ٧٣٨هـ، وفي طبعات الهداية القديمة.

وقال أبو يوسف رحمه الله : لا يتصدَّق بالفضل .

وإذا هَلَكَ النَّقْليُّ في يد الغاصب ، بفِعْله أو بغير فِعْله : ضَمِنَه .

وإن نَقَصَ في يده : ضَمِنَ النقصانَ .

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يتصدَّق بالفضل)، وسنذكرُ الوجهَ من الجانبين إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (وإذا هَلَكَ النَّقْليُّ في يد الغاصب، بفِعْله أو بغير فِعْله: ضَمِنَه).

وفي أكثر نُسَخ «المختصر[1]»: وإذا هَلَكَ المغصوبُ[2].

والمنقولُ هو المرادُ؛ لِمَا سَبَقَ أن الغصبَ فيما يُنقَلُ ويُحوَّلُ، وهذا لأن العينَ دَخَلَ في ضمانه بالغصب السابقِ، إذ هو السببُ.

وعند العجزِ عن رَدِّه: تجبُ القيمةُ، أو يتقرَّرُ بذلك السبب، ولهذا تُعتبر قيمتُه يومَ الغصب.

(وإن نَقَصَ في يده: ضَمِنَ النقصانَ)؛ لأنه دَخَلَ جميعُ أجزائه في ضمانه بالغصب، فما تعذَّرَ ردُّ عينِه: يجبُ ردُّ قيمتِه.

بخلاف تراجعِ السعرِ إذا رُدَّ في مكان الغصب؛ لأنه عبارةٌ عن فُتُورِ الرغبات، دون فَوْتِ الجزء.

وبخلاف المَبيع؛ لأنه ضمانُ عقدٍ.

---

(١) أي القدوري.

(٢) وفي نُسخ: الغصب. قلت: أي المغصوب. كما في البناية ١٣/ ٤٧١.

ومَن غَصَبَ عبداً، فاستغلَّه، فنَقَصَتْه الغَلَّةُ: فعليه النقصانُ.

ويتصدَّقُ بالغَلَّة. قال رضي الله عنه: وهذا عندهما أيضاً.

وعنده: لا يتصدَّقُ بالغلة.

أما الغصب: فقَبْضٌ، والأوصافُ تُضمَنُ بالفعل، لا بالعقد، علىٰ ما عُرِف.

قال رضي الله عنه: ومرادُه: غيرُ الربوي، أما في الربويات: فلا يُمكنُه تضمينُ النقصانِ مع استردادِ الأصل؛ لأنه يؤدي إلىٰ الربا.

قال: (ومَن غَصَبَ عبداً، فاستغلَّه، فنَقَصَتْه الغَلَّةُ: فعليه النقصانُ)؛ لِمَا بيَّنَّا.

(ويتصدَّقُ بالغَلَّة. قال رضي الله عنه: وهذا عندهما أيضاً.

وعنده[1]: لا يتصدَّقُ بالغلة[2]).

وعلىٰ هذا الخلاف: إذا أجَّرَ المستعيرُ المستعارَ.

لأبي يوسف رحمه الله: أنه حَصَلَ في ضمانه وفي مِلْكِه، أما الضمانُ فظاهرٌ، وكذا المِلْكُ؛ لأن المضمونات تُملَكُ بأداء الضمان مستنِداً عندنا.

ولهما: أنه حصل بسببٍ خبيثٍ، وهو التصرُّفُ في ملكِ الغير، وما هذا حالُه: فسبيلُه التصدُّقُ، إذِ الفرعُ يَحصلُ علىٰ وَصْفِ الأصل، والملكُ المستنِدُ ناقصٌ، فلا يَنعدِمُ به الخُبْثُ.

---

(١) أي عند أبي يوسف رحمه الله.

(٢) لفظ: بالغلَّة: مثبتٌ في بداية المبتدي ص٦١٠، وفي طبعات الهداية القديمة.

ومَن غَصَبَ ألفاً، فاشترىٰ بها جاريةً، فباعها بألفَيْن، ثم اشترىٰ بالألفين جاريةً، فباعها بثلاثة آلافٍ: فإنه يتصدَّقُ بجميع الرِّبح، وهذا عندهما.

فلو هَلَكَ العبدُ في يد الغاصبِ حتىٰ ضَمِنَه: له أنْ يستعينَ بالغلَّة في أداء الضمان؛ لأن الخُبْثَ لأجل المالك، ولهذا لو أدَّىٰ إليه: يُباحُ له التناولُ، فيزولُ الخُبْثُ بالأداء إليه.

بخلاف ما إذا باعه، فهَلَكَ في يدِ المشتري، ثم استُحِقَّ، وغَرِمَه: ليس له أنْ يستعينَ بالغلَّة في أداء الثمنِ إليه؛ لأن الخُبْثَ ما كان لِحَقِّ المشتري، إلا إذا كان لا يجدُ غيرَه؛ لأنه محتاجٌ إليه.

وله أنْ يَصرِفَه إلىٰ حاجةِ نفسه، فلو أصاب مالاً: تصدَّقَ بمثله إن كان غنياً وقتَ الاستعمال، وإن كان فقيراً: فلا شيءَ عليه، لِمَا ذكرنا.

قال: (**ومَن غَصَبَ ألفاً، فاشترىٰ بها جاريةً، فباعها بألفَيْن، ثم اشترىٰ بالألفين جاريةً، فباعها بثلاثة آلافٍ: فإنه يتصدَّقُ بجميع الرِّبح، وهذا عندهما**[1]).

وأصلُه: أن الغاصبَ أو المودَعَ إذا تصرَّف في المغصوب أو الوديعة، ورَبِحَ: لا يَطيبُ له الربح عندهما.

خلافاً لأبي يوسف رحمه الله[2]، وقد مرَّتِ الدلائلُ.

وجوابُهما في الوديعةِ: أظهرُ؛ لأنه لا يستندُ الملكُ إلىٰ ما قبلَ التصرف؛ لانعدام سببِ الضمان، فلم يكنِ التصرُّفُ في مِلكِه.

---

(١) أي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

(٢) وعليه: فلا يتصدق به عند أبي يوسف رحمه الله.

وإن اشترىٰ بالألف جاريةً تساوي ألفين، فوَهَبَها، أو طعاماً، فأكله: لم يتصدَّقْ بشيءٍ، وهذا قولُهم جميعاً.

ثم هذا ظاهرٌ فيما يتعيَّنُ بالإشارة، أما فيما لا يتعيَّن بالإشارة، كالثمنَيْن: فقولُه في «الكتاب[1]»: اشترىٰ بها: إشارةٌ إلىٰ أنَّ التصدقَ إنما يجبُ إذا اشترىٰ بها، ونَقَدَ منها الثمنَ.

أما إذا أشار إليها، ونَقَدَ من غيرها، أو نَقَدَ منها، وأشار إلىٰ غيرِها، أو أطلق إطلاقاً، ونَقَدَ منها: يطيبُ له.

وهكذا قال الكَرْخيُّ رحمه الله؛ لأن الإشارةَ إذا كانت لا تُفيدُ التعيينَ: لا بدَّ أن يتأكَّدَ بالنقد؛ ليتحقَّق الخُبْثُ.

وقال مشايخُنا رحمهم الله: لا يَطيبُ له قبلَ أن يَضمَنَ.

وكذا بعد الضمانِ بكلِّ حالٍ، وهو المختارُ، لإطلاق الجوابِ في الجامعَيْن[2]، والمضاربة.

قال: (وإن اشترىٰ بالألف جاريةً تساوي ألفين، فوَهَبَها، أو طعاماً، فأكله: لم يتصدَّقْ بشيءٍ، وهذا قولُهم جميعاً[3])؛ لأن الربحَ إنما يتبيَّنُ[4] عند اتحادِ الجنسِ، والله سبحانه تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي الجامع الصغير. البناية ١٣/٤٧٨، حاشية نسخة ٧٩٧هـ.

(٢) أي الكبير والصغير للإمام محمد، وأراد بالمضاربة: أي من كتاب الأصل.

(٣) وفي بداية المبتدي ص٦١٠ ذكر خلافاً فيها بين الإمام ومحمد وبين أبي يوسف.

(٤) وفي نُسخ: يتعيَّن.

فصلٌ

فيما يتغيَّرُ بفعلِ الغاصب

وإذا تغيَّرتِ العينُ المغصوبةُ بفعل الغاصبِ، حتىٰ زال اسمُها، وعُظْمُ منافعِها: زال ملكُ المغصوبِ منه عنها، ومَلَكَها الغاصبُ، وضَمِنَها، ولا يَحِلُّ له الانتفاعُ بها حتىٰ يؤدِّيَ بدلَها.

كمَن غَصَبَ شاةً، وذَبَحَها، وشَوَاها، أو طَبَخَها، أو حِنطةً فطَحَنَها، أو حديداً فاتَّخَذَه سيفاً، أو صُفْراً فعَمِلَه آنيةً.

فصلٌ

فيما يتغيَّرُ بفعلِ[1] الغاصب

قال: (وإذا تغيَّرتِ العينُ المغصوبةُ بفعل الغاصبِ، حتىٰ زال اسمُها، وعُظْمُ[2] منافعِها: زال مِلكُ المغصوبِ منه عنها، ومَلَكَها الغاصبُ، وضَمِنَها، ولا يَحِلُّ له الانتفاعُ بها حتىٰ يؤدِّيَ بدلَها.

كمَن غَصَبَ شاةً، وذَبَحَها، وشَوَاها، أو طَبَخَها، أو حِنطةً فطَحَنَها، أو حديداً فاتَّخَذَه سيفاً، أو صُفْراً فعَمِلَه آنيةً)، وهذا كلُّه عندنا.

---

(١) وفي نُسخ: بعمل.

(٢) وفي نُسخ: أعظم.

. . . .

وقال الشافعي[١] رحمه الله: لا ينقطعُ حَقُّ المالكِ، وهو روايةٌ عن أبي يوسف رحمه الله، غيرَ أنه إذا اختار أَخْذَ الدقيقِ: لا يُضمِّنُه النقصانَ عنده؛ لأنه يؤدِّي إلىٰ الربا، وعند الشافعي رحمه الله: يُضمِّنُه.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يزولُ مِلْكُه عنه، لكنه يُباعُ في دَيْنِه، وهو أحقُّ به من الغرماءِ بعد موته.

للشافعي رحمه الله: أن العينَ باقيةٌ، فيبقىٰ علىٰ مِلْكِه، وتَتْبَعُه الصنعةُ[٢]، كما إذا هبَّتِ الريحُ في الحنطة، وألقَتْها في طاحونةٍ، فطُحِنَت.

ولا معتبرَ بفعله؛ لأنه محظورٌ، فلا يصلُحُ سبباً للملك، علىٰ ما عُرِفَ، فصار كما إذا انعدم الفعلُ أصلاً، وصار كما إذا ذَبَحَ الشاةَ المغصوبةَ، وسَلَخَها، وأَرَّبَها[٣].

ولنا: أنه أحدث صَنْعةً متقوِّمةً صَيَّرتْ[٤] حَقَّ المالكِ هالكاً من وجهٍ، ألا ترىٰ أنه تبدَّلَ الاسمُ، وفات معظمُ المقاصد، وحَقُّه في الصَّنْعة قائمٌ من كل وجهٍ، فيترجَّحُ علىٰ الأصلِ الذي هو فائتٌ من وجهٍ.

---

(١) نهاية المطلب ٧/٢٤٨.

(٢) وفي نُسخ: الصفة.

(٣) أي جعلها إرَباً إرَباً، عضواً عضواً.

(٤) أي الصنعة، وفي نُسخ: صيَّر: أي الإحداث، وفي نُسخ: فصيَّر.

. . . .

ولا نجعلُه سبباً للملك من حيث إنه محظورٌ، بل من حيث إنه إحداثُ الصنعةِ، بخلاف الشاة؛ لأن اسمَها باقٍ بعد الذبحِ والسَّلْخِ.

وهذا الوجهُ يشملُ الفصولَ المذكورةَ، ويتفرَّعُ عليه غيرُها، فاحفظه.

وقولُه[1]: ولا يَحِلُّ له الانتفاعُ بها حتىٰ يؤدِّيَ بدلَها: استحسانٌ، والقياسُ: أن يكون له ذلك، وهو قولُ الحسنِ وزفر رحمهما الله، وهكذا عن أبي حنيفة رحمه الله، رواه الفقيهُ أبو الليث[2] رحمه الله.

ووجهُه: ثبوتُ الملكِ المطلَقِ للتصرف؛ ألا ترىٰ أنه لو وَهَبَه أو باعه: جاز.

وجهُ الاستحسان: قولُه عليه الصلاة والسلام في الشاةِ المذبوحة المَصْلِيَّةِ[3] بغير رِضا صاحبِها: «أَطْعِموها الأُسارىٰ»[4].

أفاد الأمرُ بالتصدُّق: زوالَ ملكِ المالك، وحُرمةَ الانتفاعِ للغاصب قبلَ الإرضاء.

ولأن في إباحةِ الانتفاعِ فَتْحَ بابِ الغصب، فيَحرُمُ قبلَ الرضا؛ حسماً لمادة الفساد.

---

(١) أي قول القدوري في مختصره، وقد جاء قبل قليل في بداية المبتدي.

(٢) أي في أحد كتبه. البناية ١٣/٤٨٤.

(٣) أي المَشويَّة.

(٤) أخرجه الإمام محمد في الآثار، سنن أبي داود (٣٣٣٢)، وسكت عنه، وكذلك المنذري في مختصر سنن أبي داود ٥/٨، مسند أحمد (٢٢٥٠٩)، وصحح سندَه الزيلعي في نصب الراية ٤/١٦٨.

وإن غَصَبَ فضةً أو ذهباً، فضَرَبَها دنانيرَ أو دراهمَ أو آنيةً: لم يَزُلْ مِلكُ مالكِها عنها عند أبي حنيفة رحمه الله.

ونفاذُ بيعِه وهبتِه مع الحرمة: لقيام الملك، كما في الملكِ الفاسد.

وإذا أدَّىٰ البدلَ: يُباحُ له؛ لأن حَقَّ المالكِ صار مُوَفًّى[1] بالبدل، فحصلتْ مبادلةٌ بالتراضي.

وكذلك إذا أبرأه؛ لسقوط حَقِّه به.

وكذا إذا أدَّىٰ بالقضاء، أو ضمَّنَه الحاكمُ، أو ضمَّنَه المالكُ؛ لوجود الرضا منه؛ لأنه لا يُقضىٰ إلا بطلبه.

وعلىٰ هذا الخلاف: إذا غَصَبَ حنطةً، فزَرَعَها، أو نواةً فغَرَسها، غيرَ أنه عند أبي يوسف رحمه الله: يُباحُ الانتفاعُ فيهما قبلَ أداء الضمان؛ لوجود الاستهلاكِ من كل وجهٍ، بخلاف ما تقدَّم؛ لقيام العينِ فيه من وجه.

وفي الحنطة: يزرعُها، ولا يتصدَّقُ بالفضل عنده[2]، خلافاً لهما، وأصلُه: ما تقدَّم.

قال: (وإن غَصَبَ فضةً أو ذهباً، فضَرَبَها دنانيرَ أو دراهمَ أو آنيةً: لم يَزُلْ مِلكُ مالكِها عنها عند أبي حنيفة رحمه الله)، فيأخذُها، ولا شيءَ للغاصب.

---

(١) وفي نُسخ: مستوفىً.

(٢) أي عند أبي يوسف رحمه الله.

وقالا: يَملِكُها الغاصبُ، وعليه مثلُها.

ومَن غَصَبَ سَاجَةً، فبنىٰ عليها: زال مِلْكُ مالكِها عنها، ولَزِمَ الغاصبَ قيمتُها.

(وقالا: يَملِكُها الغاصبُ، وعليه مثلُها)؛ لأنه أحدث صنعةً معتبرةً متقوِّمةً [١] صيَّرَتْ حَقَّ المالكِ هالكاً من وجهٍ، ألا ترىٰ أنه كَسَرَه[٢]، وفات بعضُ المقاصد، والتِّبْرُ لا يَصلحُ رأسَ المال في المضاربات والشركات، والمضروبُ يصلحُ لذلك.

وله: أن العينَ باقيةٌ من كلِّ وجهٍ؛ ألا ترىٰ أن الاسمَ باقٍ، ومعناه الأصليُّ: الثمنيةُ، وكونُه موزوناً، وأنه باقٍ، حتىٰ يجريَ فيه الربا باعتباره، وصلاحيتُه لرأس المال: من أحكام الصنعة، دون العين.

وكذا الصنعةُ فيها غيرُ متقوِّمةٍ مطلقاً؛ لأنه لا قيمةَ لها عند المقابلة بجنسها.

قال: (ومَن غَصَبَ سَاجَةً[٣]، فبنىٰ عليها: زال مِلْكُ مالكِها عنها، ولَزِمَ الغاصبَ قيمتُها).

وقال الشافعي[٤] رحمه الله: للمالك أَخْذُها، والوجهُ من الجانبَيْن قدَّمناه.

---

(١) وفي نُسخٍ: صنعةً متقوِّمة. بدون: معتبرة، وفي نُسخ: صنعة معتبرة.

(٢) أي كسر المغصوب وهو الذهب والفضة، وقَلَبَهما، فضربهما دنانير ودراهم. حاشية نسخة ٩٨١هـ، والبناية ١٣/ ٤٨٨.

(٣) أي خشبةً عظيمةً. البناية ١٣/ ٤٨٩.

(٤) نهاية المطلب ٧/ ٢٧٣.

ومَن ذَبَحَ شاةَ غيرِه: فمالكُها بالخيار: إن شاء ضمَّنَه قيمتَها، وسلَّمها له، وإن شاء ضمَّنَه نقصانَها.

ووجهٌ آخَرُ لنا فيه: أنَّ فيما ذَهَبَ إليه إضراراً بالغاصب، بنَقْضِ بنائه الحاصل من غير خَلَفٍ، وضررُ المالكِ فيما ذهبنا إليه مجبورٌ بالقيمة، فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بَطْنَ جاريتِه أو عبدِه، أو أدخل اللوحَ المغصوبَ في سفينته.

ثم قال الكرخيُّ والفقيهُ أبو جعفر الهِنْدُوانيُّ[(١)] رحمهما الله: إنما لا يُنقَضُ إذا بنىٰ في حوالي السَّاجة؛ لأنه غير متعدٍّ في البناء، أما إذا بنىٰ علىٰ نفس السَّاجة: يُنقَضُ؛ لأنه متعدٍّ فيه.

وجوابُ «الكتاب[(٢)]» يَرُدُّ ذلك، وهو الأصح.

قال: (ومَن ذَبَحَ شاةَ غيرِه: فمالكُها بالخيار: إن شاء ضمَّنَه قيمتَها، وسلَّمها له، وإن شاء ضمَّنَه نقصانَها).

وكذا الجَزُور، وكذا إذا قَطَعَ يَدَهما[(٣)]، هذا هو ظاهرُ الرواية.

ووجهُه: أنه إتلافٌ من وجهٍ؛ باعتبار فَوْتِ بعضِ الأغراضِ من الحَمْلِ والدَّرِّ والنَّسْلِ، وبقاءِ بعضِها، وهو اللحمُ، فصار كالخَرْق الفاحشِ في الثوب.

---

(١) محمد بن عبد الله البلخي، الإمام الفقيه الحنفي الشهير، المتوفىٰ سنة ٣٦٢هـ.

(٢) أي مختصر القدوري. البناية ١٣/٤٩٢.

(٣) أي الشاة والجزور.

ومَن خَرَقَ ثوبَ غيرِه خَرْقاً يسيراً : ضَمِنَ نقصانَه .

وإن خَرَقَ خَرْقاً كبيراً، يُبطِلُ عامةَ منافعِه : فلمالكِه أن يُضمِّنَه جميعَ قيمتِه .

ولو كانت الدابةُ غيرَ مأكولِ اللحم، فقَطَعَ الغاصبُ طَرَفَها: للمالك أن يُضمِّنَه جميعَ قيمتِها؛ لوجود الاستهلاكِ من كلِّ وجهٍ.

بخلاف قَطْعِ طَرَفِ العبدِ المملوكِ، حيث يأخذُه مع أرشِ المقطوع؛ لأن الآدميَّ يبقىٰ منتَفَعاً به بعد قَطْعِ الطرف.

قال: (ومَن خَرَقَ ثوبَ غيرِه خَرْقاً يسيراً: ضَمِنَ نقصانَه)، والثوبُ لمالكِه؛ لأن العينَ قائمةٌ من كلِّ وجهٍ، وإنما دَخَلَه عيبٌ، فيضمَنُه.

قال: (وإن خَرَقَ خَرْقاً كبيراً، يُبطِلُ عامةَ منافعِه: فلمالكِه أن يُضمِّنَه جميعَ قيمتِه)؛ لأنه استهلاكٌ من هذا الوجه، فكأنه أحرقه.

قال رضي الله عنه: ومعناه: تَرَكَ الثوبَ عليه، وإن شاء أَخَذَ الثوبَ، وضمَّنَه النقصانَ؛ لأنه تعييبٌ من وجهٍ، من حيث إنَّ العينَ باقيةٌ، وكذا بعضُ المنافع قائمٌ.

ثم إشارةُ «الكتاب[1]» إلىٰ أن الفاحشَ: ما تَبطُلُ به عامةُ المنافع، والصحيحُ: أن الفاحشَ: ما يَفوتُ به بعضُ العين، وجنسُ المنفعة، ويبقىٰ بعضُ العين، وبعضُ المنفعة.

---

(١) أي مختصر القدوري. البناية ١٣/٤٩٦.

ومَن غَصَبَ أرضاً، فغَرَسَ فيها، أو بنىٰ عليها: قيل له: اقلَع البناءَ والغَرْسَ، ورُدَّها.

فإن كانتِ الأرضُ تَنقُصُ بقَلْعِ ذلك: فللمالك أن يَضمَنَ له قيمةَ البناءِ والغرسِ مقلوعاً، ويكونان له.

واليسيرَ: ما لا يفوتُ به شيءٌ من المنفعة، وإنما يدخلُ فيه النقصانُ؛ لأن محمداً رحمه الله جَعَلَ في «الأصل[1]» قَطْعَ الثوبِ نقصاناً فاحشاً، والفائتُ به بعضُ المنافع.

قال: (ومَن غَصَبَ أرضاً، فغَرَسَ فيها، أو بنىٰ عليها: قيل له: اقلَعِ البناءَ والغَرْسَ، ورُدَّها)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «ليس لعِرْقٍ ظالمٍ حَقٌّ»[2].

ولأن مِلكَ صاحبِ الأرضِ باقٍ، فإن الأرضَ لم تَصِرْ مستَهلَكَةً، والغصبُ لا يتحقَّقُ فيها، ولا بدَّ للملك من سببٍ، فيُؤمَرُ الشاغلُ بتفريغها، كما إذا شَغَلَ ظَرْفَ غيرِه بطعامه.

قال: (فإن كانتِ الأرضُ تَنقُصُ بقَلْعِ ذلك: فللمالك أن يَضمَنَ له قيمةَ البناءِ والغرسِ مقلوعاً، ويكونان له)؛ لأن فيه نظراً لهما، ودَفْعَ الضررِ عنهما.

---

(١) ١١/٦٦.

(٢) سنن أبي داود (٣٠٧٣)، سنن الترمذي (١٣٧٨)، وقال: حديث حسنٌ، مسند أحمد (٢٢٧٧٨)، الدراية ٢/٢٠١.

ومَن غَصَبَ ثوباً، فصَبَغَه أحمرَ، أو سَوِيقاً، فلَتَّه بسمنٍ: فصاحبُه بالخيار: إن شاء ضمَّنَه قيمةَ ثوبٍ أبيضَ، ومِثلَ السَّوِيق، وسلَّمَهما للغاصب، وإن شاء أَخَذَهما، وغَرِمَ ما زاد الصِّبْغُ والسَّمْنُ فيهما.

وقولُه: قيمتَه مقلوعاً: معناه: قيمةُ بناءٍ أو شجرٍ يُؤمَرُ بقلعه؛ لأن حقَّه فيه، إذْ لا قرارَ له فيه، فتُقوَّمُ الأرضُ بدون الشجر والبناء، وتُقوَّمُ وبها شجرٌ أو بناءٌ، لصاحب الأرض أن يأمرَه بقَلْعه، فيضمَنُ فضلَ ما بينهما.

قال: (ومَن غَصَبَ ثوباً، فصَبَغَه أحمرَ، أو سَوِيقاً، فلَتَّه بسمنٍ: فصاحبُه بالخيار: إن شاء ضمَّنَه قيمةَ ثوبٍ أبيضَ، ومِثلَ السَّوِيق، وسلَّمَهما[1] للغاصب، وإن شاء أَخَذَهما، وغَرِمَ ما زاد الصِّبْغُ والسَّمْنُ فيهما).

وقال الشافعي[2] رحمه الله في الثوب: لصاحبه أن يُمسكَه، ويأمرَ الغاصبَ بقلع[3] الصِّبْغِ بالقَدْر الممكن؛ اعتباراً بفصل: السَّاحة يُبنَىٰ فيها[4]؛ لأن التمييزَ ممكنٌ.

بخلاف السمن في السَّوِيق؛ لأن التمييزَ متعذِّرٌ.

ولنا: ما بيَّنَّا أنَّ فيه رعايةَ الجانبَيْن، والخِيْرةُ لصاحب الثوب؛ لكونه

---

(١) وفي نُسخ: وسلَّمه.

(٢) نهاية المطلب ٢٤٨/٧، وفيه تفصيل يُنظر.

(٣) وفي نُسخ: بقطع.

(٤) يعني كما تقدم في باب ما يجوز من الإجارة: أن الساحة يُبنىٰ فيها: يُؤمَر بالقلع إذا لم تتضرر الأرض به: فكذلك ها هنا.

. . . .

صاحبَ الأصل، بخلاف الساحةِ يُبنىٰ فيها؛ لأن النُّقْضَ له بعد النَّقْض؛ أما الصِّبْغُ: فيتلاشىٰ فيه.

وبخلاف ما إذا انصبَغَ بهُبوب الرِّيْحِ؛ لأنه لا جنايةَ من صاحبِ الصِّبْغ ليضمن الثوبَ، فيتملَّكُ صاحبُ الأصلِ الصِّبْغَ.

قال أبو عِصْمةَ[1] رحمه الله في أصل المسألة: وإن شاء ربُّ الثوب باعه، ويَضربُ بقيمته أبيضَ، وصاحبُ الصِّبْغِ[2] بما زاد الصِّبْغُ فيه؛ لأن له[3] أن لا يتملَّكَ الصِّبغَ بالقيمة، وعند امتناعه: تعيَّن رعايةُ الجانبين في البيع، ويتأتَّىٰ هذا فيما إذا انصبغ الثوبُ بنفسه.

وقد ظهر بما ذكرنا: الوجهُ في السَّوِيق، غيرَ أن السَّوِيقَ من ذوات الأمثال، فيَضمَنُ مثلَه، والثوبَ من ذوات القِيَم: فيَضمنُ قيمتَه.

وقال في «الأصل[4]»: يضمنُ قيمةَ السَّويق؛ لأن السَّوِيقَ يتفاوتُ بالقَلْي، فلم يَبقَ مثلياً، وقيل: المرادُ منه: المثلُ، سمَّاه به؛ لقيامه مَقامَه.

---

(١) البلخي عصام بن يوسف، من ملازمي أبي يوسف، كان شيخَ بلخ بلا مدافع، وله اختيارات فقهية خاصة، وهو معدود من أئمة الحنفية، ت٢١٥هـ عن أربع وثمانين سنة، له ترجمة في الجواهر المضية ٥٢٧/٢.

(٢) أي يضرب صاحب الصبغ.

(٣) أي للمالك.

(٤) ٣٥٥/٧.

. . . .

والصُّفْرة: كالحُمْرة.

ولو صَبَغَه أسودَ: فهو نُقصانٌ عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: زيادةٌ.

وقيل: هذا اختلافُ عصرٍ وزمانٍ.

وقيل: إن كان ثوباً يُنَقِّصُه السَّوادُ: فهو نقصانٌ، وإن كان ثوباً يزيدُ فيه السوادُ: فهو كالحُمرة، وقد عُرِف في غير هذا الموضع.

ولو كان ثوباً تُنقِّصُه الحُمرةُ، بأن كانت قيمتُه ثلاثين درهماً، فتراجعتْ بالصِّبْغ إلىٰ عشرين: فعن محمدٍ رحمه الله: أنه يُنظَرُ إلىٰ ثوبٍ تزيد فيه الحُمرة: فإن كانت الزيادةُ خمسةً: يأخذ ثوبَه وخمسةَ دراهم؛ لأن إحدىٰ الخمستَيْن جُبِرَتْ بالصِّبْغ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

فصلٌ

ومَن غَصَبَ عَيْناً، فغَيَّبها، فضَمَّنَه المالكُ قيمتَها: مَلَكَها الغاصبُ.

والقولُ في القيمة: قولُ الغاصب مع يمينِه.

فصلٌ

في مسائلَ متفرِّقةٍ تتعلَّقُ بالغصب

قال: (ومَن غَصَبَ عَيْناً، فغَيَّبها، فضَمَّنَه المالكُ قيمتَها: مَلَكَها الغاصبُ[1])، وهذا عندنا.

وقال الشافعيُّ[2] رحمه الله: لا يَملِكُها؛ لأن الغصبَ عُدْوانٌ مَحضٌ، فلا يصلُحُ سبباً للملك، كما في المدبَّر.

ولنا: أنه مَلَكَ البدلَ بكماله، والمُبدَلُ قابلٌ للنَّقْل من مِلْكٍ إلىٰ مِلْكٍ، فيملِكُه؛ دفعاً للضرر عنه، بخلاف المُدبَّر؛ لأنه غيرُ قابلٍ للنقل من ملكٍ إلىٰ ملكٍ؛ لحَقِّ المدبر، نعم قد يُفسَخُ التدبيرُ بالقضاء، لكنَّ البيعَ بعدَه يصادفُ القِنَّ.

قال: (والقولُ في القيمة: قولُ الغاصب مع يمينِه)؛ لأن المالكَ يدَّعي الزيادةَ، وهو يُنكِر، والقولُ في القيمة: قولُ المنكِرِ، مع يمينه.

---

(١) لفظ: الغاصب: مثبتٌ في بداية المبتدي ص٦١٣، وكذلك في مختصر القدوري ص١٩٨، والنقل عنه، وسقط من نسخ الهداية.

(٢) لكن في المجموع ١٤/٢٣٩ وغيره أنه يملكها.

إلا أن يُقيمَ المالكُ البينةَ بأكثرَ من ذلك.

فإن ظهرتِ العينُ وقيمتُها أكثرُ مما ضَمِنَ، وقد ضَمِنَها بقول المالكِ، أو ببينةٍ أقامها، أو بنُكولِ الغاصبِ عن اليمين: فلا خيارَ للمالك، وهي للغاصب.

وإن كان ضَمَّنَه بقولِ الغاصب، مع يمينه: فهو بالخيار: إن شاء أمضىٰ الضمانَ، وإن شاء أَخَذَ العينَ، ورَدَّ العِوَضَ.

(إلا أن يُقيمَ المالكُ البينةَ بأكثرَ من ذلك)؛ لأنه أثبتَه بالحُجَّة المُلزِمة.

قال: (فإن ظهرتِ العينُ وقيمتُها أكثرُ مما ضَمِنَ، وقد ضَمِنَها بقول المالكِ، أو ببينةٍ أقامها، أو بنُكولِ الغاصبِ عن اليمين: فلا خيارَ للمالك، وهي[1] للغاصب)؛ لأنه تَمَّ له الملكُ بسببٍ اتصل به رضا المالكِ، حيث ادَّعىٰ هذا المقدارَ.

قال: (وإن كان ضَمَّنَه بقولِ الغاصب، مع يمينه: فهو بالخيار: إن شاء أمضىٰ الضمانَ، وإن شاء أَخَذَ العينَ، ورَدَّ العِوَضَ)؛ لأنه لم يَتِمَّ رضاه بهذا المقدار، حيث يدعي الزيادةَ، وأَخْذُه دونَها: لعدمِ الحُجَّة.

ولو ظهرتِ العينُ وقيمتُها مثلُ ما ضَمِنَه، أو دونه في هذا الفصل الأخير: فكذلك الجوابُ، في ظاهر الرواية، وهو الأصح.

---

(١) أي العين المغصوبة، وفي نُسخ: وهو. وقد ذكَّر الضميرَ علىٰ تأويل: المغصوب. البناية ٥١١/١٣.

ومَن غَصَبَ عبداً، فباعه، فضَمَّنَه المالكُ قيمتَه : فقد جاز بيعُه.

وإن أعتقه، ثم ضَمِنَ القيمةَ : لم يَجُزْ عِتْقُه.

وولدُ المغصوبةِ، ونماؤها، وثمرةُ البستان المغصوبِ : أمانةٌ في يدِ الغاصب، إن هَلَكَ : فلا ضمانَ عليه، إلا أن يتعدَّىٰ فيها، أو يطلُبَها مالكُها، فيمنعَها إياه .

خلافاً لِمَا قاله الكَرْخيُّ رحمه الله: أنه لا خيارَ له؛ لأنه لم يَتِمَّ رضاه، حيث لم يُعطَ له[1] ما يدَّعيه، والخيارُ لفوات الرضا.

قال: (ومَن غَصَبَ عبداً، فباعه، فضَمَّنَه المالكُ قيمتَه: فقد جاز بيعُه.

وإن أعتقه، ثم ضَمِنَ القيمةَ: لم يَجُزْ عِتْقُه)؛ لأن مِلْكَه الثابتَ فيه ناقصٌ؛ لثبوته مستنداً، أو ضرورةً، ولهذا يظهرُ في حَقِّ الأكساب، دونَ الأولاد، والناقصُ يكفي لنفود البيع، دونَ العتقِ، كمِلْكِ المكاتب.

قال: (وولدُ المغصوبةِ، ونماؤها، وثمرةُ البستان المغصوبِ: أمانةٌ في يدِ الغاصب، إن هَلَكَ: فلا ضمانَ عليه، إلا أن يتعدَّىٰ فيها، أو يطلُبَها مالكُها، فيمنعَها إياه).

وقال الشافعي[2] رحمه الله: زوائدُ المغصوبِ مضمونةٌ، متصلةً كانت أو منفصلةً؛ لوجودِ الغصبِ، وهو إثباتُ اليدِ علىٰ مالِ الغيرِ بغيرِ رضاه، كما في الظَّبْيةِ المُخرَجةِ من الحرم، إذا ولدت في يده: يكون[3] مضموناً عليه.

---

(١) أي للمالك. البناية ١٣/٥١٢.

(٢) الحاوي الكبير ٦/٢١١.

(٣) أي الولد.

. . . .

ولنا: أن الغصبَ إثباتُ اليدِ علىٰ مالِ الغير، علىٰ وجهٍ يُزيلُ يدَ المالك عنه، علىٰ ما ذكرنا.

ويدُ المالكِ ما كانت ثابتةً علىٰ هذه الزيادةِ حتىٰ يُزِيلَها الغاصبُ.

ولو اعتُبرتْ ثابتةً علىٰ الولد: لا يُزِيلُها، إذِ الظاهرُ عدمُ المنع، حتىٰ لو مَنَعَ الولدَ بعد طلبه: يضمنُه.

وكذا إذا تعدَّىٰ فيه، كما قال في «الكتاب[1]»، وذلك[2] بأن أتلفَه أو ذَبَحَه فأكَلَه، أو باعه وسلَّمه.

وفي الظَّبْيةِ المُخرَجةِ من الحَرَم: لا يَضمنُ ولدَها إذا هَلَكَ قبل التمكُّن من الإرسال[3]؛ لعدم المنعِ، وإنما يَضمنُه إذا هَلَكَ بعده[4]؛ لوجود المنعِ بعدَ طلبِ صاحبِ الحقِّ، وهو الشرع، علىٰ هذا أكثر مشايخِنا رحمهم الله.

ولو أطلق الجوابَ[5]: فهو ضمانُ جنايةٍ، ولهذا يتكرَّر بتكرُّرها.

ويجبُ بالإعانة والإشارةِ، فلأنْ يجبَ بما هو فوقَها، وهو إثباتُ اليد علىٰ مُستَحِقِّ الأمن[6]: أَوْلىٰ وأَحْرىٰ.

---

(١) أي مختصر القدوري. البناية ١٣/٥١٥.

(٢) أي التعدي.

(٣) أي إلىٰ الحرم.

(٤) أي بعد التمكُّن من الإرسال.

(٥) أي قبل التمكُّن وبعده.

(٦) وهو صيد الحرم. البناية ١٣/٥١٦.

وما نَقَصَتِ الجاريةُ بالولادة: في ضمانِ الغاصب، فإن كان في قيمةِ الولدِ وفاءٌ به: جُبِرَ النقصانُ بالولد، وسَقَطَ ضمانُه عن الغاصب.

قال: (وما نَقَصَتِ الجاريةُ بالولادة: في ضمانِ الغاصب، فإن كان في قيمةِ الولدِ وفاءٌ به: جُبِرَ[١] النقصانُ بالولد، وسَقَطَ ضمانُه عن الغاصب).

وقال زفر والشافعي[٢] رحمهما الله: لا يَنجبرُ النقصانُ بالولد؛ لأن الولدَ مِلْكُه، فلا يصلُحُ جابراً لمِلْكِه، كما في ولد الظَّبْيةِ.

وكما إذا هَلَكَ الولدُ قبلَ الردِّ، أو ماتتِ الأمُّ وبالولد وفاءٌ، وصار كما إذا جَزَّ صوفَ شاةِ غيرِه، أو قَطَعَ قوائمَ شجرِ غيرِه، أو خَصَىٰ عبدَ غيرِه، أو علَّمه الحِرْفةَ، فأضناه التعليمُ والخَصْيُ[٣].

ولنا: أن سببَ الزيادةِ والنقصانِ واحدٌ، وهو الولادةُ أو العُلوق، علىٰ ما عُرِف، وعند ذلك لا يُعَدُّ نقصاناً، فلا يوجِبُ ضماناً، وصار كما إذا غَصَبَ جاريةً سمينةً، فهُزِلَتْ، ثم سَمِنَتْ، أو سقطت ثنيَّتُها، ثم نَبَتَتْ، أو قُطعت يدُ المغصوب في يده[٤]، وأَخَذَ أَرْشَها، وأدَّاه مع العبد: يُحتَسبُ عن نقصان القطع.

وولدُ الظبية: ممنوعٌ[٥].

---

(١) وفي نُسخ: انجبر.

(٢) روضة الطالبين ٥/٦٥.

(٣) قوله: فأضناه التعليم والخصيُ: مثبتٌ في نُسخ، دون أخرىٰ.

(٤) أي يد الغاصب.

(٥) هذا جوابٌ عن قول زفر والشافعي رحمهما الله.

ومَن غَصَبَ جاريةً، فزنىٰ بها، فحَبِلَتْ، ثم رَدَّها، وماتت في نِفَاسِها: ضَمِنَ قيمتَها يومَ عَلِقَت، ولا ضمانَ عليه في الحرَّة، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يضمنُ في الأمة أيضاً .

وكذا إذا ماتَتِ الأمُّ[١].

وتخريجُ الثانية: أن الولادةَ ليست بسببٍ لموت الأمِّ، إذِ الولادةُ لا تُفضي إليه غالباً.

وبخلاف ما إذا مات الولدُ قبلَ الرد؛ لأنه لا بدَّ من رَدِّ أصلِه؛ للبراءة، فكذا لا بدَّ من رَدِّ خَلَفِه.

والخِصَاءُ[٢]: لا يُعَدُّ زيادةً؛ لأنه غَرَضُ بعضِ الفَسَقَة[٣].

ولا اتحادَ في السبب فيما وراءَ ذلك من المسائلِ؛ لأن سببَ النقصان: القطعُ والجَزُّ، وسببُ الزيادة: النموُّ، وسببُ النقصان: التعليمُ، والزيادةُ: سببُها الفهمُ.

قال: (ومَن غَصَبَ جاريةً، فزنىٰ بها، فحَبِلَتْ، ثم رَدَّها، وماتت في نِفَاسِها: ضَمِنَ قيمتَها يومَ عَلِقَت[٤]، ولا ضمانَ عليه في الحرَّة، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يضمنُ في الأمة أيضاً).

---

(١) يعني أن القياس علىٰ موت الأم أيضاً ممنوعٌ لا نسلِّم به.

(٢) وفي نُسخ: والخصيُ.

(٣) لأنه أمرٌ حرامٌ.

(٤) أي يوم حَمَلَت.

ولا يَضمنُ الغاصبُ منافعَ ما غَصَبَه إلا أن يَنقُصَ باستعماله، فيَغرَمَ النقصانَ.

لهما: أن الردَّ قد صحَّ، والهلاكُ بعدَه بسبب حَدَثَ في يدِ المالك، وهو الولادةُ، فلا يَضمنُ الغاصبُ، كما إذا حُمَّتْ[1] في يد الغاصب، ثم ردَّها، فهَلَكَتْ، أو زَنَتْ في يده، ثم ردَّها، فجُلِدَتْ، فهلكتْ منه.

وكمَن اشترىٰ جاريةً قد حَبِلَتْ عند البائع، فولَدَت عند المشتري، وماتت في نِفاسِها: لا يرجعُ علىٰ البائع بالثمن.

وله: أنه غَصَبَها، وما انعقد فيها سببُ التلف، ورُدَّت وفيها ذلك، فلم يوجَدِ الردُّ علىٰ الوجه الذي أَخَذَ، فلم يصحَّ الردُّ، وصار كما إذا جَنَتْ في يدِ الغاصبِ جنايةً، فقُتلت بها في يد المالك، أو دُفِعتْ بها، بأن كانتِ الجنايةُ خطأً يَرجعُ علىٰ الغاصب بكلِّ القيمة، كذا هذا.

بخلاف الحُرَّة؛ لأنها لا تُضمنُ بالغصب؛ ليبقىٰ ضمانُ الغصبِ بعد فساد الردِّ.

وفي فصلِ الشراء: الواجبُ ابتداءً التسليمُ، وما ذكرناه: شَرْطُ صحةِ الردِّ، والزنا سببٌ لجلدٍ مُؤلِمٍ، لا جارحٍ ولا مُتلِفٍ، فلم يوجدِ السببُ في يد الغاصب.

قال: (ولا يَضمنُ الغاصبُ منافعَ ما غَصَبَه إلا أن يَنقُصَ باستعماله، فيَغرَمَ النقصانَ).

---

(١) أي إذا حصل للجارية حُمًّى.

. . . .

وقال الشافعي[١] رحمه الله: يَضمنُها، فيجبُ أجرُ المِثل.

ولا فَرْقَ في المذهبَيْن[٢] بين ما إذا عَطَّلها، أو سكَنَها.

وقال مالك[٣] رحمه الله: إن سكَنَها: يجبُ أجرُ المثل، وإن عطَّلها: لا شيءَ عليه.

له: أن المنافعَ أموالٌ متقوِّمةٌ، حتىٰ تُضمَنُ بالعقود، فكذا بالغُصوب.

ولنا: أنها حَصَلَتْ علىٰ مِلكِ الغاصب؛ لحدوثِها في إمكانه، إذ هي لم تكنْ حادثةً في يدِ المالك؛ لأنها أعراضٌ لا تبقىٰ، فيَملِكُها؛ دفعاً لحاجته، والإنسانُ لا يَضمنُ مِلْكَه، كيف وأنه لا يتحَقَّقُ غَصْبُها وإتلافُها؛ لأنه لا بقاءَ لها.

ولأنها لا تُماثِلُ الأعيانَ؛ لسرعة فَنائها، وبقاءِ الأعيان، وقد عُرِفتْ هذه المآخذُ في المختَلِف[٤].

---

(١) روضة الطالبين ٥/ ٢٧.

(٢) أي مذهبنا ومذهب الشافعي رحمه الله.

(٣) ينظر التلقين للقاضي عبد الوهاب ص١٣٣، وذكر فيه خلافاً عندهم.

(٤) أي عُرفت هذه العلل التي هي مَناط هذا الحكم في كُتُب علم الخلاف، وكُتُبِ مختلف الطريقة بين الحنفية وغيرهم، ورجَّح بعضُ الشُّرَّاح أنه أراد تحديداً كتاب المختلف، للفقيه أبي الليث. ينظر البناية ١٣/ ٥٢٥.

. . . .

ولا نُسلِّمُ أنها متقوِّمة في ذاتها، بل تتقوَّمُ ضرورةً عند ورود العقد، ولم يوجدِ العقدُ في الغصب، إلا أنَّ ما انتَقَصَ باستعماله[1]: مضمونٌ عليه؛ لاستهلاكه بعضَ أجزاءِ العين، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي باستعمال الغاصب.

فصلٌ

في غَصْبِ ما لا يُتقوَّمُ

وإذا أتلَفَ المسلمُ خمرَ الذميِّ أو خِنْزيرَه: ضَمِنَ قيمتَهما، وإن أتلفهما لمسلمٍ: لم يَضمن.

فصلٌ

في غَصْبِ ما لا يُتقوَّمُ

قال: (وإذا أتلَفَ المسلمُ خمرَ الذميِّ أو خِنْزيرَه: ضَمِنَ قيمتَهما، وإن أتلفهما لمسلمٍ: لم يَضمن).

وقال الشافعيُّ[1] رحمه الله: لا يضمنُهما لذميٍّ أيضاً.

وعلىٰ هذا الخلاف: إذا أتلفهما ذميٌّ علىٰ ذميٍّ، أو باعهما الذميُّ من الذميِّ.

له: أنه سَقَطَ تقوُّمُهما في حَقِّ المسلم، فكذا في حَقِّ الذمي؛ لأنهم أتباعٌ لنا في الأحكام، فلا يجبُ بإتلافهما مالٌ متقوِّمٌ، وهو الضمان.

ولنا: أن التقوُّمَ باق في حَقِّهم، إذِ الخمرُ لهم: كالخَلِّ لنا، والخنزيرُ لهم: كالشاة لنا، ونحن أُمِرْنا بأن نَتْرُكَهم وما يَدِينون[2].

---

(١) العزيز ٥/ ٤١٣.

(٢) تقدَّم تخريج هذا الحديث في النكاح، في زواج النصراني.

. . . .

والسيفُ موضوعٌ[١]، فتعذَّرَ الإلزامُ، وإذا بقيَ التقوُّمُ: فقد وُجِد إتلافُ مالٍ مملوكٍ متقوِّمٍ، فيَضمنُه.

بخلاف الميتةِ والدمِ؛ لأن أحداً من أهل الأديان لا يَدِينُ تموُّلَهما، إلا أنه تجبُ قيمةُ الخمر وإن كان من ذوات الأمثال؛ لأنَّ المسلمَ ممنوعٌ عن تمليكِه؛ لكونه إعزازاً له[٢].

بخلاف ما إذا جَرَتِ المبايعةُ بين الذمِّيَّيْن؛ لأن الذميَّ غيرُ ممنوعٍ عن تمليكِ الخمر، وتملُّكِها.

وهذا بخلاف الربا؛ لأنه مستثنىً عن عقودهم.

وبخلاف العبدِ المرتدِّ يكون للذميِّ؛ لأنا ما ضمِنَّا لهم تَرْكَ التعرُّضِ له؛ لِمَا فيه من الاستخفاف بالدِّين.

وبخلاف متروكِ التسمية عمداً إذا كان لمَن يُبِيحُه[٣]؛ لأن ولايةَ المُحَاجَّةِ ثابتةٌ[٤].

---

(١) يعني إبطال ما يزعمونه من المالية إنما يكون بالسيف، والسيفُ موضوعٌ أي متروكٌ في حقهم؛ لعقد الذمة. البناية ١٣/٥٢٨.

(٢) أي الخمر، وفي نُسخ: لها. والخمر تُذكَّر وتُؤنَّث. المصباح المنير (خمر).

(٣) كالشافعية، وأنبه هنا أيضاً إلىٰ أنه سيأتي في الذبائح تعليقي أن أبا حنيفة ومحمد يقولان بحِلِّ متروكِ التسمية عمداً، وأن المصنف اعتمد قول أبي يوسف.

(٤) أي بالنص في تحريم متروك التسمية. ينظر البناية ١٣/٥٣٠.

فإن غَصَبَ من مسلمٍ خمراً، فخلَّلَها، أو جِلْدَ ميتةٍ، فدَبَغَه: فلصاحب الخمر أن يأخذَ الخَلَّ بغير شيءٍ، ويأخذَ جلدَ الميتة، ويَرُدَّ عليه ما زاد الدِّباغُ فيه.

قال: (فإن غَصَبَ من مسلمٍ خمراً، فخلَّلَها، أو جِلْدَ ميتةٍ، فدَبَغَه: فلصاحب الخمر أن يأخذَ الخَلَّ بغير شيءٍ[1]، ويأخذَ جلدَ الميتة، ويَرُدَّ عليه ما زاد الدِّباغُ فيه).

والمرادُ بالفصل الأول: إذا خلَّلَها بالنَّقْل من الشمس إلىٰ الظِّلِّ، ومنه إلىٰ الشمس.

وبالفصل الثاني: إذا دَبَغَه بما لَه قيمةٌ، كالقَرَظِ والعَفْصِ[2]، ونحو ذلك.

والفَرْقُ: أن هذا التخليلَ تطهيرٌ له، بمنزلة غَسْل الثوبِ النجسِ، فيبقىٰ علىٰ مِلْكِه، إذْ لا تثبتُ الماليةُ به، وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مالٌ متقوِّمٌ للغاصب، كالصِّبْغ في الثوب، فكان بمنزلته، فلهذا يأخذُ الخَلَّ بغير شيءٍ، ويأخذُ الجلدَ، ويُعطي ما زاد الدِّباغُ فيه.

وبيانُه: أنه يُنظَرُ إلىٰ قيمتِه ذَكِيّاً غيرَ مدبوغٍ، وإلىٰ قيمتِه مدبوغاً، فيَضمنُ فَضْلَ ما بينهما.

وللغاصب أن يَحبِسَه حتىٰ يَستوفِيَ حَقَّه، كحَقِّ الحَبْس في المَبيع.

---

(١) وفي نُسخ: بغير ثمن.

(٢) نوعان من الشجر يُدبغ بأوراقهما.

وإن كان استهلكهما: ضَمِنَ الخَلَّ، ولم يَضمَنِ الجلدَ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يضمَنُ قيمةَ الجلدِ مدبوغاً، ويعطي ما زاد الدِّباغُ فيه.

قال: (وإن كان استهلكهما: ضَمِنَ الخَلَّ، ولم يَضمَنِ الجلدَ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يضمَنُ قيمةَ الجلدِ مدبوغاً، ويعطي ما زاد الدِّباغُ فيه).

ولو هلك في يده: لا يضمنُه، بالإجماع.

أما الخَلُّ: فلأنه لَمَّا بقيَ علىٰ ملكِ مالكِه، وهو مالٌ متقوِّمٌ: ضَمِنَه بالإتلاف، ويجبُ مثلُه؛ لأن الخَلَّ من ذوات الأمثال.

وأما الجلدُ: فلهما: أنه باقٍ علىٰ مِلْكِ المالكِ، حتىٰ كان له أن يأخذَه، وهو مالٌ متقوِّمٌ، فيَضمنُه مدبوغاً بالاستهلاك، ويُعطيه المالكُ ما زاد الدباغُ فيه، كما إذا غَصَبَ ثوباً، فصَبَغَه، ثم استهلكه: فيضمنُه، ويعطيه المالكُ ما زاد الصِّبْغُ فيه.

ولأنه واجبُ الردِّ، فإذا فوَّتَه عليه: خَلَفَه قيمتُه[1]، كما في المستعار.

وبهذا فارَقَ الهلاكَ بنفسه.

وقولُهما: يعطي ما زاد الدِّباغُ فيه: محمولٌ علىٰ اختلاف الجنس، أما عند اتحاده: فيُطرَحُ عنه ذلك القَدْرُ، ويؤخَذُ منه الباقي؛ لعدم الفائدةِ في الأخذِ منه، ثم في الردِّ عليه.

---

(١) أي يخلف الجلد قيمتُه. البناية ١٣/٥٣٤.

. . . .

وله: أن التقوُّمَ حَصَلَ بصُنْع الغاصب، وصَنْعتُه متقوِّمةٌ؛ لاستعماله مالاً متقوِّماً فيه، ولهذا كان له أن يَحبسَه حتىٰ يَستوفيَ ما زاد الدِّباغُ فيه، فكان حَقّاً له، والجلدُ تَبَعٌ له[1] في حَقِّ التقوُّم.

ثم الأصلُ، وهو الصَّنْعةُ: غيرُ مضمونٍ عليه، فكذا التابعُ، كما إذا هَلَكَ من غير صَنْعةٍ.

بخلاف وجوبِ الردِّ حالَ قِيَامه؛ لأنه يَتبعُ الملكَ، والجلدُ غيرُ تابعٍ للصَّنْعة في حَقِّ الملك؛ لثبوته قبلَها وإن لم يكن قبلَها متقوِّماً.

بخلاف الذَّكِيِّ، والثوبِ؛ لأن التقوُّمَ فيهما كان ثابتاً قبلَ الدَّبْغ والصَّبْغ، فلم يكن تابعاً للصَّنْعة.

ولو كان قائماً، فأراد المالكُ أن يتركَه علىٰ الغاصب في هذا الوجه، ويُضمِّنَه قيمتَه: قيل: ليس له ذلك[2]؛ لأن الجلدَ لا قيمةَ له، بخلاف صَبْغِ الثوب؛ لأن له قيمةً.

وقيل: ليس له[3] ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: له ذلك[4]؛ لأنه[5] إذا تَرَكَه عليه، وضَمَّنَه: عَجَزَ الغاصبُ

---

(١) أي لصُنْع الغاصب، وفي نُسخ: تبعٌ لها: أي لصنعة الغاصب.

(٢) أي ليس له ذلك في الجلد المدبوغ بلا خلاف بين أئمة المذهب.

(٣) أي ليس للمالك أن يترك الجلدَ المغصوبَ المدبوغ.

(٤) أي له الترك علىٰ الغاصب، وتضمين قيمته.

(٥) أي لأن المالك إذا ترك الجلدَ علىٰ الغاصب.

. . . .

عن ردِّه، فصار كالاستهلاك، وهو علىٰ هذا الخلاف، علىٰ ما بيَّنَّاه.

ثم قيل: يُضمِّنُه قيمةَ جلدٍ مدبوغٍ، ويُعطيه ما زاد الدِّباغُ فيه، كما في الاستهلاك، وقيل: يُضمِّنُه قيمةَ جلدٍ ذَكيٍّ غيرِ مدبوغ.

ولو دَبَغَه بما لا قيمةَ له، كالتراب والشمسِ: فهو لمالكه بلا شيءٍ؛ لأنه بمنزلة غَسْلِ الثوب.

ولو استهلكه الغاصبُ: يَضمنُ قيمتَه مدبوغاً.

وقيل: طاهراً غيرَ مدبوغ؛ لأن وَصْفَ الدباغةِ هو الذي حَصَّلَه، فلا يضمنُه.

وجهُ الأول، وعليه الأكثرون: أن صفةَ[1] الدباغةِ تابعةٌ للجلد، فلا تُفرَدُ عنه، وإذا صار الأصلُ مضموناً عليه: فكذا صفتُه.

ولو خلَّلَ الخمرَ بإلقاء الملحِ فيه: قالوا: عند أبي حنيفة رحمه الله صار ملكاً للغاصب، ولا شيءَ عليه.

وعندهما: أَخَذَه المالكُ، وأعطىٰ ما زاد الملحُ فيه، بمنزلة دَبْغِ الجلد.

ومعناه ها هنا: أن يُعطيَ مثلَ وَزْنِ الملح من الخَلِّ.

وإن أراد المالكُ تَرْكَه عليه، وتضمينَه: فهو علىٰ ما قيل، وقيل: في دَبْغِ الجلد.

---

(١) وفي نُسخ: صنعة.

. . . .

ولو استهلكه[١]: لا يَضمنُه عند أبي حنيفة رحمه الله، خلافاً لهما، كما في دَبْغ الجلد.

ولو خلَّلَها بإلقاء الخَلِّ فيها[٢]: فعن محمدٍ رحمه الله: أنه إن صار خلاًّ من ساعته: يصيرُ ملكاً للغاصب، ولا شيءَ عليه؛ لأنه استهلاكٌ له، وهو غيرُ متقوِّمٍ.

وإن لم يَصِرْ خلاًّ إلا بعد زمان، بأن كان المُلْقَىٰ[٣] فيه خلاًّ قليلاً: فهو بينهما علىٰ قَدْرِ كَيْلِهما؛ لأنه خَلْطُ الخَلِّ بالخَلِّ في التقدير، وهو علىٰ أصله ليس باستهلاكٍ.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: هو للغاصب في الوجهين، ولا شيءَ عليه؛ لأن نفسَ الخَلْطِ استهلاكٌ عنده، ولا ضمانَ في الاستهلاك؛ لأنه أتلف ملكَ نفسِه.

وعند محمد رحمه الله: لا يَضمنُ بالاستهلاك في الوجه الأول؛ لِمَا بيَّنَّا، ويضمنُ في الوجه الثاني؛ لأنه أتلف ملكَ غيره.

وبعضُ المشايخِ رحمهم الله أَجْرَوْا جوابَ «الكتاب[٤]» علىٰ إطلاقه،

---

(١) أي الخلَّ، وفي نُسخ: ولو استهلكها، لكن قال العيني في البناية ١٣/٥٣٨: النُّسخُ الكثيرة: استهلكه.

(٢) أي في الخمر، وفي نُسخ: فيه.

(٣) وفي نُسخ: بأن كان ألقىٰ.

(٤) أي الجامع الصغير. البناية ١٣/٥٣٩.

ومَن كَسَرَ لمسلمٍ بَرْبَطاً أو طَبْلاً أو مِزماراً أو دُفّاً، أو أهراق له سَكَراً أو مُنَصَّفاً: فهو ضامنٌ، وبَيْعُ هذه الأشياء جائزٌ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: لا يضمنُ، ولا يجوزُ بيعُها.

أنَّ للمالك أنْ يأخذَ الخلَّ في الوجوه كلِّها بغير شيءٍ؛ لأن المُلقَىٰ فيه يصيرُ مستَهلَكاً في الخمر، فلم يبقَ متقوِّماً، وقد كَثُرَتْ فيه أقوالُ المشايخ رحمهم الله، وقد أثبتناها[1] في «كفاية المنتهي».

قال: (ومَن كَسَرَ لمسلمٍ بَرْبَطاً[2] أو طَبْلاً أو مِزماراً أو دُفّاً، أو أهراق[3] له سَكَراً[4] أو مُنَصَّفاً: فهو ضامنٌ، وبَيْعُ هذه الأشياء جائزٌ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: لا يَضمنُ، ولا يجوزُ بيعُها).

وقيل: الاختلافُ في الدُّفِّ والطَّبْل الذي يُضرَبُ للَّهْو، فأما طَبْلُ الغزاة، والدُّفُّ الذي يُباحُ ضَرْبُه في العُرْسِ: يُضمَنُ بالإتلاف من غير خلافٍ.

وقيل: الفتوىٰ في الضمان علىٰ قولهما.

---

(١) وفي نُسخ: بيَّنَّاها.

(٢) هو العود من آلات الموسيقىٰ، والعرب تسميه: المزهر والعود.

(٣) وفي نُسخ: أراق.

(٤) هو نقيع التمر، وسيأتي بعد قليل تعريفه من كلام المصنف.

. . . .

والسَّكَرُ: اسمٌ للنِّيْءِ[1] من ماءِ الرُّطَب إذا اشتدَّ.

والمُنَصَّفُ: ما ذَهَبَ نصفُه بالطبخ.

وفي المطبوخ أدنىٰ طبخةٍ، وهو الباذَقُ: عن أبي حنيفة رحمه الله روايتان في التضمين، والبيع.

لهما: أن هذه الأشياءَ أُعِدَّتْ للمعصية، فيبطُلَ تقوُّمُها، كالخمر.

ولأنه فَعَلَ ما فَعَلَ آمِراً بالمعروف، وهو بأمر الشرع، فلا يَضمنُه، كما إذا فَعَلَ بإذن الإمام.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنها أموالٌ؛ لصلاحيَّتِها لِمَا يَحِلُّ من وجوهِ الانتفاعِ وإن صَلُحَت لِمَا لا يَحِلُّ، فصار كالأَمَة المغنِّية.

وهذا، لأن الفسادَ بفعلِ فاعلٍ مختارٍ، فلا يوجِبُ سقوطَ التقوُّم.

وجوازُ البيعِ والتضمينُ مرتَّبان علىٰ المالية والتقوُّمِ، والأمرُ بالمعروف باليد: إلىٰ الأُمراء؛ لقُدْرتهم، وباللسان: إلىٰ غيرهم.

وتجبُ قيمتُها غيرَ صالحةٍ للَّهْو، كما في الجارية المغنِّية، والكَبْشِ النَّطُوح، والحَمَامَةِ الطيَّارة، والدِّيْكِ المقاتِلِ، والعبدِ الخَصِيِّ تجبُ القيمةُ غيرَ صالحةٍ لهذه الأمور[2]، كذا هذا.

---

(١) وفي نُسخ: للنِّيِّ.

(٢) أراد الغناء في الجارية، والمناطحةَ في الكبش، والطيرانَ السريع في الحمامة، والمقاتَلةَ في الديك، والخِصاءَ في العبد، فإن هذه الأشياء كلُّها معصيةٌ، ولكن المَحَلَّ مالٌ متقوِّم، فلذلك يجوز بيعها، ويضمن مُتلِفُها. البناية ١٣/٥٤٥.

ومَن غَصَبَ أمَّ ولدٍ أو مدبَّرةً، فماتت في يدِه: ضَمِنَ قيمةَ المدبرة، ولم يضمن قيمةَ أمِّ الولد عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يضمنُ قيمتَهما.

وفي السَّكَرِ والمُنَصَّف: تجبُ قيمتُهما، ولا يجبُ المِثلُ؛ لأن المسلمَ ممنوعٌ عن تملُّكِ عَيْنِه وإن كان لو فَعَلَ: جاز.

وهذا بخلاف ما إذا أتلف علىٰ نصرانيٍّ صليباً، حيث يَضمَنُ قيمتَه صليباً؛ لأنه مُقَرٌّ علىٰ ذلك.

قال: (ومَن غَصَبَ أمَّ ولدٍ أو مدبَّرةً، فماتت في يدِه: ضَمِنَ قيمةَ المدبرة، ولم يضمن قيمةَ أمِّ الولد عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يضمنُ قيمتَهما)؛ لأن ماليةَ المدبَّرةِ متقوِّمَةٌ، بالاتفاق، وماليةَ أمِّ الولدِ غيرُ متقوِّمةٍ عنده، وعندهما: متقوِّمةٌ.

والدلائلُ ذكرناها في كتاب العَتَاق[1] من هذا الكتاب، والله أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) في آخر مسألة من باب العبد يُعتق بعضه.

كتاب الشُّفْعة

الشفعةُ واجبةٌ للخَلِيط في نفس المَبيع.

ثم للخليطِ في حَقِّ المَبيع، كالشِّرْب، والطريقِ، ثم للجار.

كتاب الشُّفْعة

الشُّفْعَةُ: مشتقَّةٌ من الشَّفْع، وهو الضَّمُّ، سُمِّيَتْ بها: لِمَا فيها من ضَمِّ المشتراةِ[1] إلىٰ عقارِ الشفيع.

قال: (الشفعةُ واجبةٌ للخَلِيط في نفس المَبيع.

ثم للخليطِ في حَقِّ[2] المَبيع، كالشِّرْب، والطريقِ، ثم للجار).

أفاد هذا اللفظُ ثبوتَ حَقِّ الشفعةِ لكلِّ واحدٍ من هؤلاء، وأفاد الترتيبَ.

أما الثبوتُ: فلقوله عليه الصلاة والسلام: «الشفعةُ لشريكٍ لم يُقاسِم»[3].

ولقوله عليه الصلاة والسلام: «جارُ الدار أحقُّ بالدار والأرضِ، يُنتظَرُ له وإن كان غائباً، إذا كان طريقُهما واحداً»[4].

---

(١) أي الأرض أو الدار.

(٢) وفي نُسخ: نفس المبيع.

(٣) قال في الدراية ٢٠٢/٢: لم أجده، وبمعناه في صحيح مسلم (١٦٠٨).

(٤) قال في الدراية ٢٠٢/٢: لم أجده هكذا في حديث واحد، وإنما هو ملفَّقٌ من حديثين: الأول بلفظ: «جار الدار أحق بشفعة الدار»، وفي لفظ: «جار الدار أحق =

. . . .

ولقوله عليه الصلاة والسلام: «الجارُ أحقُّ بسَقَبِه[١]»، قيل: يا رسول الله! ما سَقَبُه؟ قال: «شُفْعتُه»[٢].

ويُروىٰ: «الجارُ أحَقُّ بشفعته»[٣].

وقال الشافعي[٤] رحمه الله: لا شُفْعَةَ بالجوار؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الشفعةُ فيما لم يُقسَم، فإذا وَقَعَتِ الحدودُ، وصُرِفَتِ الطرُقُ[٥]: فلا شفعةَ»[٦].

بالدار»، وفي لفظ: «جار الدار أحق بشفعة الدار»: في سنن الترمذي (١٣٦٨)، وقال: حسن غريب، سنن أبي داود (٣٥١٧)، وصححه ابن حبان (٥١٨٢).

والثاني بلفظ: «الجار أحق بشفعة جاره، يُنتَظر بها وإن كان غائباً، إذا كان طريقهما واحداً»: في سنن أبي داود (٣٥١٨)، سنن الترمذي (١٣٦٩).

ونقل الزيلعي في نصب الراية ١٧٣/٤ تصحيحَ الحديث عن ابن عبد الهادي، وناقش كلام مَن تكلم في الحديث، ووثَّق رجالَه ابنُ حجر في بلوغ المرام (مع سبل السلام) ٧٥/٣، وينظر الجوهر النقي ١٠٦/٦.

(١) السَّقَب: بالسين المهملة، وبالصاد أيضاً: القربُ والملاصقة، كما في فتح الباري ٤٣٨/٤، مختار الصحاح (سقب).

(٢) الشطر الأول منه في: صحيح البخاري (٢٢٥٨)، وينظر الدراية ٢٠٢/٢.

(٣) سنن الترمذي (١٣٦٩)، وقال: حسن غريب.

(٤) نهاية المطلب ٣٠٤/٧.

(٥) أي جُعل لكل قسمٍ طريق علىٰ حِدَةٍ. البناية ١٠/١٤.

(٦) صحيح البخاري (٢٤٩٥).

. . . .

ولأن حَقَّ الشفعةِ معدولٌ به عن سَنَنِ القياس؛ لِمَا فيه من تملُّكِ المالِ علىٰ الغير من غير رضاه، وقد وَرَدَ الشرعُ به فيما لم يُقْسَم، وهذا ليس في معناه؛ لأنَّ مؤنةَ القسمةِ تلزمُه في الأصل، دون الفرع.

ولنا: ما روينا.

ولأن مِلْكَه متصلٌ بملك الدخيلِ اتصالَ تأبيدٍ وقرارٍ، فيَثبتُ له حَقُّ الشفعةِ عند وجودِ المعاوضةِ بالمال؛ اعتباراً بمَوْرد الشرع.

وهذا لأن الاتصالَ علىٰ هذه الصفةِ إنما انتَصَبَ سبباً فيه لدفع ضررِ الجوار، إذ هو مادةُ المَضارِّ، علىٰ ما عُرِف، وقَطْعُ هذه المادة بتملُّك الأصيل[1] أَوْلىٰ؛ لأن الضررَ في حَقِّه بإزعاجه عن خِطَّةِ آبائه[2] أقوىٰ، وضررُ القسمةِ مشروعٌ لا يَصلُحُ عِلَّةً لتحقيق ضررِ غيره.

وأما الترتيبُ: فلقوله عليه الصلاة والسلام: «الشريكُ أحَقُّ من الخليط، والخليطُ أحَقُّ من الشفيع»[3].

فالشريكُ في نفس المبيع، والخليطُ في حقوق المَبيع، والشفيعُ هو الجار.

---

(١) أي الشفيع.

(٢) المكان المختطُّ لبناء دار، وغير ذلك، أي الخطة الأصلية. المغرب (خط).

(٣) قال في الدراية ٢/٢٠٣: لم أجده، وينظر التعريف والإخبار ٢/٣٢٢.

وليسَ للشريك في الطريقِ والشِّرْب، والجارِ شفعةٌ مع الخليط في الرقبة.
فإن سَلَّمَ: فالشفعةُ للشريك في الطريق، فإن سَلَّمَ: أَخَذَها الجارُ.

ولأن الاتصالَ بالشركة في المبيع أَقْوىٰ؛ لأنه في كلِّ جزءٍ، وبعدَه الاتصالُ في الحقوق؛ لأنه شركةٌ في مَرافِقِ الملك، والترجيحُ يتحقَّقُ بقوة السبب.

ولأن ضررَ القسمةِ إن لم يصلُحْ علةً: صَلُحَ مرجِّحاً.

قال: (وليسَ للشريك في الطريقِ والشِّرْب، والجارِ شفعةٌ مع الخليط في الرقبة)؛ لِمَا ذَكَرْنا أنه مقدَّمٌ.

قال: (فإن سَلَّمَ: فالشفعةُ للشريك في الطريق، فإن سَلَّمَ: أَخَذَها الجارُ)؛ لِمَا بيَّنَّا من الترتيب.

والمرادُ بهذا: الجارُ الملاصِقُ، وهو الذي علىٰ ظَهْر[1] الدارِ المشفوعة، وبابُه في سِكَّةٍ أخرىٰ.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أن مع وجودِ الشريكِ في الرقبة: لا شفعةَ لغيره، سلَّم أو استوفىٰ؛ لأنهم محجوبون به.

ووجهُ الظاهر: أن السببَ تقرَّرَ في حَقِّ الكلِّ، إلا أن للشريك حَقَّ التقدُّم، فإذا سلَّمَ: كان لمَن يَلِيه بمنزلة دَيْنِ الصحةِ مع دَيْن المرض.

والشريكُ في المبيع قد يكونُ في بعضٍ منها، كما في منزلٍ معيَّنٍ من الدار، أو جدارٍ معيَّنٍ منها، وهو مقدَّمٌ علىٰ الجار في المنزل.

---

(١) أي خلف الدار المشفوعة، واحترُز به عن الجار المقابل. حاشية نسخة ٧٩٧هـ.

. . . .

وكذا علىٰ الجارِ في بقيةِ الدار، في أصح الروايتَيْن عن أبي يوسف[١] رحمه الله؛ لأن اتصالَه أقوىٰ، والبُقعةُ واحدةٌ.

ثم لا بدَّ أن يكونَ الطريقُ أو الشِّرْبُ خاصًّاً حتىٰ تُستَحَقَّ الشفعةُ بالشركة فيه.

والطريقُ الخاصُّ: أن لا يكون نافِذاً.

والشِّرْبُ الخاصُّ: أن يكونَ نهراً لا تجري فيه السُّفُنُ، وما تجري فيه السفُنُ[٢]: فهو عامٌّ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وعن أبي يوسف رحمه الله: الخاصُّ أن يكون نهراً يُسقَىٰ منه قَرَاحان[٣] أو ثلاثةٌ، وما زاد علىٰ ذلك: فهو عامٌّ.

وإن كانت سِكَّةٌ غيرُ نافذةٍ تَنْشَعِبُ منها سكَّةٌ غيرُ نافذةٍ، وهي مستطيلةٌ،

---

(١) ينظر البناية ١٤/١٧.

(٢) لفظ: السفن: هذا الثاني مثبتٌ في نسخة ٧٣٨هـ.

(٣) القُرَاح من الأرض: كل قطعة علىٰ حيالها، ليس فيها شجرٌ، ولا شائبُ سَبَخٍ. البناية ١٤/١٩، وفي حاشية نسخة ٧٣٨هـ: القراح: الأرض التي لا نبات ولا شجر فيها.

وفي القاموس المحيط (قرح): قَراح الماء، وقَرَاح الأرض: بفتح القاف. اهـ، وأما العيني في البناية فقال نقلاً عن تهذيب الديوان؟: الماء القَراح: بالفتح، والأرضُ القُراح: بالضم.

ولا يكونُ الرجلُ بالجُذُوع علىٰ الحائطِ شفيعَ شركةٍ، ولكنه شفيعُ جِوارٍ.

والشريكُ في الخشبة تكونُ علىٰ حائطِ الدار : جارٌ.

وإذا اجتمع الشفعاءُ : فالشفعةُ بينهم علىٰ عددِ رؤوسِهم، ولا يُعتبرُ اختلافُ الأملاك.

فبِيعتْ دارٌ في السفلىٰ: فلأهلها الشفعةُ خاصةً، دون أهلِ العليا، وإن بِيعتْ في العُليَا: فلأهل السِّكَّتَيْن، والمعنىٰ ما ذكرنا في كتاب أدب القاضي.

ولو كان نهرٌ صغيرٌ يأخذُ منه نهرٌ أصغرُ منه: فهو علىٰ قياس الطريق، فيما بيَّنَّاه.

قال: (ولا يكونُ الرجلُ بالجُذُوع علىٰ الحائطِ شفيعَ شركةٍ، ولكنه شفيعُ جِوارٍ)؛ لأن العلَّةَ هيَ الشركةُ في العقار، وبوَضْعِ الجُذُوع: لا يصيرُ شريكاً في الدار، إلا أنه جارٌ ملازِقٌ.

قال: (والشريكُ في الخشبة تكونُ علىٰ حائطِ الدار: جارٌ)؛ لِمَا بيَّنَّا.

قال: (وإذا اجتمع الشفعاءُ[1]: فالشفعةُ بينهم علىٰ عددِ رؤوسِهم، ولا يُعتبرُ اختلافُ الأملاك).

وقال الشافعي[2] رحمه الله: هي علىٰ مقادير الأنصباء؛ لأن الشفعةَ من مرافِقِ الملك؛ ألا يُرىٰ أنها لتكميل منفعتِه، فأشبه الرِّبْحَ، والغَلَّةَ، والولدَ، والثمرةَ.

---

(١) وفي نسخة ٩٨١هـ: الشركاء.

(٢) المهذب ٢/٢٢٠.

. . . .

ولنا: أنهم استوَوْا في سبب الاستحقاقِ، وهو الاتصالُ، فيستوون في الاستحقاقِ؛ ألا يُرىٰ أنه لو انفرد واحدٌ منهم: استحَقَّ كلَّ[(١)] الشفعة.

وهذا آيةُ كمالِ السببِ، وكثرةُ الاتصالِ تُؤذِنُ بكثرة العلة، والترجيحُ بقوة الدليل، لا بكثرته، ولا قوةَ ها هنا؛ لظهور الأخرىٰ بمقابلته.

وتَمَلُّكُ ملكِ غيرِه: لا يُجعلُ ثمرةً من ثمرات ملكِه، بخلاف الثمرة وأشباهها.

ولو أسقط بعضُهم حقَّه: فهي[(٢)] للباقِيْن في الكلِّ علىٰ عددهم؛ لأن الانتقاصَ للمزاحمة، مع كمالِ السبب في حقِّ كلِّ واحدٍ منهم، وقد انقطعت.

ولو كان البعضُ غُيَّباً: يُقضَىٰ بها بين الحضورِ علىٰ عددِهم؛ لأن الغائبَ لعَلَّه لا يَطلُبُ.

وإن قُضِيَ للحاضر بالجميع، ثم حَضَرَ آخَرُ: يُقضَىٰ له بالنصف.

ولو حَضَرَ ثالثٌ: فيُثَلَّثُ[(٣)] ما في يدِ كلِّ واحدٍ؛ تحقيقاً للتسوية.

فلو سَلَّم الحاضرُ بعد ما قُضِيَ له بالجميع: لا يَأخذُ القادِمُ إلا النصفَ؛ لأن قضاءَ القاضي بالكل للحاضر: قَطَعَ حَقَّ الغائب عن النصف، بخلاف ما قبلَ القضاء.

---

(١) وفي نُسخ: كمال.

(٢) أي الشفعة أو الدار. حاشية نسخة ٧٩٧هـ.

(٣) وفي نسخ: فبثُلُث. قلتُ: أي يُقضىٰ بثلث.

والشفعةُ تجبُ بعقد البيع، وتَستَقِرُّ بالإشهاد.

وتُملَكُ بالأخذِ إذا سلَّمها المشتري، أو حَكَمَ بها حاكمٌ.

قال: (والشفعةُ تجبُ بعقد البيع)، ومعناه: بعدَه، لا أنه هو السببُ؛ لأن سببَها هو الاتصالُ، علىٰ ما بيَّنَّاه.

والوجهُ فيه: أن الشفعةَ إنما تجبُ إذا رَغِبَ البائعُ عن ملكِ الدار، والبيعُ: يُعرِّفُها[1]، ولهذا يُكتفَىٰ بثبوت البيع في حَقِّه، حتىٰ يأخذُها الشفيعُ إذا أقرَّ البائعُ بالبيع وإن كان المشتري يُكذِّبُه.

قال: (وتَستَقِرُّ بالإشهاد).

ولا بدَّ من طَلَبِ المُوَاثَبَةِ؛ لأنه حَقٌّ ضعيفٌ يَبطلُ بالإعراض، فلا بدَّ من الإشهاد والطلبِ؛ ليُعلِمَ بذلك رغبتَه فيه، دونَ إعراضِه عنه.

ولأنه يَحتاجُ إلىٰ إثبات طلبِه عند القاضي، ولا يُمكِنُه إلا بالإشهاد.

قال: (وتُملَكُ بالأخذِ إذا سلَّمها المشتري، أو حَكَمَ بها حاكمٌ)؛ لأن الملكَ للمشتري قد تَمَّ، فلا يَنتقلُ إلىٰ الشفيع إلا بالتراضي، أو قضاءِ القاضي، كما في الرجوع في الهبة.

وتظهرُ فائدةُ هذا[2]: فيما إذا مات الشفيعُ بعد الطلَبَيْن[3]، أو باع دارَه

---

(١) أي يُعرِّفُ رغبةَ البائع عنه.

(٢) أي فائدة قوله: وتُملك بالأخذ.

(٣) طلب المواثبة، وطلب التقرير، ويسمىٰ أيضاً: طلب الإشهاد.

. . . .

المستَحِقَّ بها الشفعةَ، أو بِيعَتْ دارٌ بجَنْبِ الدارِ المشفوعةِ قبلَ حُكمِ الحاكم، أو تسليمِ المخاصِمِ: لا تُورَثُ عنه في الصورة الأُولىٰ، وتبطلُ شفعتُه في الثانية، ولا يَستحقُّها في الثالثة؛ لانعدام الملكِ له.

ثم قولُه(١): تجبُ بعقد البيع: بيانُ أنه لا تجبُ إلا عند معاوضة المال بالمال، علىٰ ما نُبيِّنُه إن شاء الله تعالىٰ، والله سبحانه وتعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي الإمام القدوري رحمه الله.

باب
طلب الشفعة، والخصومة فيها

وإذا عَلِمَ الشفيعُ بالبيع: أَشهَدَ في مجلسِه ذلك علىٰ المطالبة.

باب

طلب الشفعة، والخصومة فيها

قال: (وإذا عَلِمَ الشفيعُ بالبيع: أَشهَدَ في مجلسِه ذلك علىٰ المطالبة).

اعلم أن الطَّلَبَ علىٰ ثلاثة أوجهٍ:

١ـ طَلَبُ المُوَاثَبَة، وهو أن يَطلُبَها كما عَلِمَ[1]، حتىٰ لو بلغَ الشفيعَ البيعُ، ولم يَطلُبْ شفعةً: بَطَلَتْ شفعتُه؛ لِمَا ذكرنا.

ولقوله عليه الصلاة والسلام: «الشفعةُ لِمَن واثَبَها»[2].

ولو أُخبِرَ بكتابٍ، والشفعةُ في أوَّله، أو في وسطه، فقَرَأَ الكتابَ إلىٰ آخِره: بطلتْ شفعتُه، وعلىٰ هذا عامةُ المشايخ رحمهم الله، وهو روايةٌ عن محمدٍ رحمه الله.

---

(١) أي علىٰ الفور عند علمه مباشرة.

(٢) قال في نصب الراية ١٧٦/٤: غريب، وينظر التلخيص الحبير ٥٦/٣، وفي المحلىٰ ٩١/٩: لا يحضرني الآن ذكر إسناده، وفي التعريف والإخبار ٣٢٢/٢: قال المخرِّجون: إنما يُعرف من قول شريح، وهو في مصنف عبد الرزاق (١٤٤٠٦).

. . . .

وعنه: أنَّ له مجلسَ العلم، والروايتان في «النوادر[١]».

وبالثانية أَخَذَ الكَرْخيُّ رحمه الله؛ لأنه لَمَّا ثبت له خيارُ التملُّك: لا بدَّ له من زمانِ التأمُّل، كما في المُخَيَّرة.

ولو قال بعد ما بَلَغَه البيعُ: الحمدُ لله، أو: لا حولَ ولا قوة إلا بالله، أو قال: سبحان الله: لا تبطل شفعتُه؛ لأن الأولَ: حَمْدٌ علىٰ الخَلاص من جواره، والثاني: تعجُّبٌ منه؛ لقصد إضراره، والثالثُ: لافتتاح كلامِه، فلا يدلُّ شيءٌ منه علىٰ الإعراض.

وكذا إذا قال: مَن ابتاعها؟ وبكم بِيْعت؟؛ لأنه يرغبُ فيها بثمنٍ دون ثمنٍ، ويَرغبُ عن مجاورة بعضٍ، دون بعض.

والمرادُ بقوله في «الكتاب[٢]»: أَشْهَدَ في مجلسِ ذلك علىٰ المطالبة: طَلَبُ المَواثبة.

والإشهادُ فيه: ليس بلازمٍ، إنما هو لنفي التجاحدُ.

والتقييدُ بالمجلس: إشارةٌ إلىٰ ما اختاره الكَرْخي رحمه الله.

ويصحُّ الطلبُ بكلِّ لفظٍ يُفهَمُ منه طلبُ الشفعة، كما لو قال: طلبتُ الشفعةَ، أو: أطلُبها، أو: أنا طالبُها؛ لأن الاعتبارَ للمعنىٰ.

---

(١) للإمام محمد رحمه الله. البناية ١٤/٣٢.

(٢) أي مختصر القدوري. البناية ١٤/٣٣.

ثم يَنهَضُ منه، . . . .

وإذا[١] بَلَغَ الشفيعَ بيعُ الدار: لم يجبْ عليه الإشهادُ حتىٰ يُخبِرَه رجلان، أو رجلٌ وامرأتان، أو واحدٌ عدلٌ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يجبُ عليه أن يُشهدَ إذا أخبره واحدٌ، حرّاً كان أو عبداً، صبياً كان أو امرأةً، إذا كان الخبرُ حَقّاً.

وأصلُ الاختلاف: في عَزْل الوكيل، وقد ذكرناه بدلائله وأخواته فيما تقدَّم.

وهذا بخلاف المخيَّرة إذا أُخبِرَتْ عنده؛ لأنه ليس فيه إلزامُ حُكمٍ.

وبخلاف ما إذا أخبره المشتري؛ لأنه خصمٌ فيه، والعدالةُ غيرُ معتبرةٍ في الخصوم.

٢ـ والثاني[٢]: طلبُ التقريرِ والإشهادِ؛ لأنه محتاجٌ إليه لإثباته عند القاضي علىٰ ما ذكرنا.

ولا يُمكِنُه الإشهادُ ظاهراً علىٰ طلبِ المُواثبة؛ لأنه علىٰ فَوْرِ العلم بالشراء، فيَحتاجُ بعد ذلك إلىٰ طلبِ الإشهادِ والتقرير.

وبيانُه ما قال في «الكتاب[٣]»: (ثم يَنهَضُ منه)، يعني من المجلسِ،

---

(١) وفي نسخة ٩٨١هـ: قال: وإذا بلغ.

(٢) أي الوجه الثاني من وجوه طلب الشفعة.

(٣) أي بقول القدوري في مختصره: ثم ينهض منه ... إلىٰ آخره.

ويُشهِدُ علىٰ البائع إن كان المبيعُ في يده، أو علىٰ المُبْتاع، أو عند العقار، فإذا فَعَلَ ذلك: استقرَّت شفعتُه.

ولا تسقطُ الشفعةُ بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة رحمه الله.

(ويُشهِدُ علىٰ البائع إن كان المبيعُ في يده)، معناه: لم يُسلِّمْ إلىٰ المشتري، (أو علىٰ المُبْتاع، أو عند العقار، فإذا فَعَلَ ذلك: استقرَّت شفعتُه).

وهذا لأن كلَّ واحدٍ منهما خصمٌ فيه؛ لأن للأول: اليدَ، وللثاني: الملكَ.

وكذا يصحُّ الإشهادُ عند المَبيع؛ لأن الحَقَّ متعلِّقٌ به.

فإن سلَّم البائعُ المبيعَ: لم يصحَّ الإشهادُ عليه؛ لخروجه من أن يكون خصماً، إذ لا يدَ له، ولا ملكَ، فصار كالأجنبي.

وصورةُ هذا الطلبِ أن يقولَ: إن فلاناً اشترىٰ هذه الدارَ، وأنا شفيعُها، وقد كنتُ طلبتُ الشفعةَ، وأطلُبُها الآنَ، فاشهَدُوا علىٰ ذلك.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يُشترطُ تسميةُ المبيعِ، وتحديدُه؛ لأن المطالبةَ لا تصحُّ إلا في معلومٍ.

٣ـ والثالثُ[١]: طلبُ الخصومة والتمليكِ، وسنذكرُ كيفيتَه من بعدُ إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (ولا تسقطُ الشفعةُ بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة رحمه الله)، وهو روايةٌ عن أبي يوسف رحمه الله.

---

(١) أي والثالث من وجوه طلب الشفعة.

وقال محمد رحمه الله : إن تَرَكَها شهراً بعد الإشهاد : بطلتْ شفعتُه.

(وقال محمد رحمه الله: إن تَرَكَها شهراً بعد الإشهاد: بطلتْ شفعتُه)، وهو قولُ زفر رحمه الله، معناه: إذا تَرَكَها من غيرِ عُذْرٍ.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه إذا تَرَكَ المخاصمةَ في مجلسٍ من مجالس القاضي: تَبطلُ شفعتُه؛ لأنه إذا مضىٰ مجلسٌ من مَجالسِه، ولم يُخاصِمْ فيه اختياراً: دلَّ ذلك علىٰ إعراضِه وتسليمِه.

وجهُ قولِ محمدٍ رحمه الله: أنه لو لم تَسقطْ بتأخير الخصومة منه أبداً: لتضرَّرَ به المشتري؛ لأنه لا يُمكِنُه التصرُّفُ حِذَارَ نَقْضِه من جهة الشفيع، فقدَّرناه بشهرٍ؛ لأنه آجِلٌ، وما دونَه: عاجِلٌ، علىٰ ما مَرَّ في الأَيْمان.

ووجهُ قولِ أبي حنيفة رحمه الله، وهو ظاهرُ المذهب، وعليه الفتوىٰ[1]: أنَّ الحَقَّ متىٰ ثَبَتَ واستقرَّ: لا يَسقطُ إلا بإسقاطه، وهو التصريحُ بلسانه، كما في سائر الحقوق.

وما ذُكِرَ من الضرر: يُشكِلُ بما[2] إذا كان غائباً.

ولا فَرْقَ في حَقِّ المشتري بين الحَضَر والسفر.

ولو عُلِمَ أنه لم يكنْ في البلدةِ قاضٍ: لا تبطلُ شفعتُه بالتأخير، بالاتفاق؛ لأنه لا يَتمكَّنُ من الخصومة إلا عند القاضي، فكان عُذْراً.

---

(١) كَتَبَ معلِّقاً الإمام أبو السعود في نسخته ٧٩٧هـ: أن الفتوىٰ علىٰ قول محمد، كذا قالوا، نقلاً عن مبسوط ح. هكذا، ولم أجده في مبسوط السرخسي، وينظر ابن عابدين ٢٢٦/٦ فقد نقل عن كثيرين أن الفتوىٰ علىٰ قول محمد.

(٢) وفي نُسخ: فيما.

وإذا تقدَّم الشفيعُ إلىٰ القاضي، فادَّعىٰ الشراءَ، وطَلَبَ الشفعةَ: سأل القاضي المدَّعىٰ عليه، فإن اعترف بمِلْكِه الذي يَشفعُ به، وإلا: كلَّفَه إقامةَ البينةِ.

قال: (وإذا تقدَّم الشفيعُ إلىٰ القاضي، فادَّعىٰ الشراءَ، وطَلَبَ الشفعةَ: سأل القاضي المدَّعىٰ عليه، فإن اعترف بمِلْكِه الذي يَشفعُ به، وإلا: كلَّفَه إقامةَ البينةِ)؛ لأن اليدَ ظاهرةٌ محتمِلةٌ[1]، فلا تكفي لإثبات الاستحقاق.

قال رحمه الله: يسألُ القاضي المدَّعي قبلَ أن يُقبِلَ علىٰ المدَّعىٰ عليه عن موضعِ الدار، وحدودِها؛ لأنه ادَّعىٰ حَقًّا فيها، فصار كما إذا ادعىٰ رقبتَها.

وإذا بيَّن ذلك: يسألُه عن سببِ شفعتِه؛ لاختلافِ أسبابِها.

فإن قال: أنا شفيعُها بدارٍ لي تلاصِقُها الآنَ: تَمَّتْ دعواه، علىٰ ما قاله الخَصَّاف رحمه الله.

وذُكِرَ[2] في الفتاوىٰ[3] تحديدَ هذه الدار التي يشفع بها أيضاً، وقد بيَّنَّاه في الكتابِ الموسوم بـ: «التجنيسُ والمَزيد»[4].

---

(١) وفي نُسخ: ظاهرٌ محتملٌ. أي محتملةٌ للملك والإعارة. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٢) وضبطت في نُسخ: وذَكَرَ.

(٣) اسم كتاب. كما في حاشية نسخة ٩٨١هـ. قلت: لكن لم يبين المؤلف اسم مؤلِّفه، أو أنه أراد كتب الفتاوىٰ، والله أعلم.

(٤) للمؤلف الإمام المرغيناني رحمه الله، وقد طُبع منه إلىٰ آخر الحج فقط.

فإن عَجَزَ عن البينة: استَحلَفَ المشتري: بالله ما تَعلمُ أنه مالكٌ للذي ذَكَرَه مما يَشفعُ به.

فإن نَكَلَ، أو قامتْ للشفيع بينةٌ: سَأَلَه القاضي هل ابتاع، أم لا؟

فإن أنكر الابتياعَ: قيلَ للشفيع: أَقِم البينةَ.

قال: (فإن عَجَزَ[١] عن البينة: استَحلَفَ[٢] المشتري: بالله ما تَعلمُ[٣] أنه[٤] مالكٌ للذي ذَكَرَه مما يَشفعُ به).

معناه: بطلب الشفيعِ؛ لأنه ادَّعىٰ عليه معنىً لو أقرَّ به: لَزِمَه.

ثم هو استحلافٌ علىٰ ما في يد غيره[٥]، فيُحلَّفُ علىٰ العِلم.

قال: (فإن نكَلَ، أو قامتْ للشفيع بينةٌ): ثَبَتَ ملكُه في الدار التي يَشفعُ بها، وثَبَتَ الجِوارُ.

فبعد ذلك: (سَأَلَه القاضي)، يعني المدعىٰ عليه، (هل ابتاع، أم لا؟ فإن أنكر الابتياعَ: قيلَ للشفيع: أَقِم البينةَ)؛ لأن الشفعةَ لا تجبُ إلا بعد ثبوتِ البيع، وثبوتُه بالحُجَّة.

---

(١) أي الشفيع.

(٢) وفي نُسخ: اُستُحلِف. بالمبني للمجهول.

(٣) وفي نُسخ: يعلم. بالياء.

(٤) أي الشفيع.

(٥) وفي طبعات الهداية القديمة: ما في يده.

فإن عَجَزَ عنها: استَحلَفَ المشتري: بالله ما ابتاع، أو: بالله ما استَحَقَّ عليه في هذه الدار شفعةً من الوجه الذي ذَكَرَه.

وتجوزُ المنازعةُ في الشفعة وإن لم يُحضِرِ الشفيعُ الثمنَ إلىٰ مجلس القاضي، فإذا قضىٰ القاضي بالشفعة: لَزِمَه إحضارُ الثمنُ.

قال رضي الله عنه: وهذا ظاهرُ رواية الأصل.

قال: (فإن عَجَزَ عنها: استَحلَفَ المشتري: بالله ما ابتاع، أو: بالله ما استَحَقَّ[1] عليه في هذه الدار شفعةً من الوجه الذي ذَكَرَه).

فهذا علىٰ الحاصل، والأولُ علىٰ السبب، وقد استوفينا الكلامَ فيه في الدعوىٰ، وذَكَرْنا الاختلافَ بتوفيق الله تعالىٰ.

وإنما يُحلِّفُه علىٰ البَتَات؛ لأنه استحلافٌ علىٰ فِعْلِ نفسِه، وعلىٰ ما في يده أصالةً، وفي مثله يُحلَّف علىٰ البَتَات.

قال: (وتجوزُ المنازعةُ في الشفعة وإن لم يُحضِرِ الشفيعُ الثمنَ إلىٰ مجلس القاضي، فإذا قضىٰ القاضي بالشفعة: لَزِمَه إحضارُ الثمنُ.

قال رضي الله عنه: وهذا ظاهرُ رواية الأصل[2].

---

(١) وضبطت في نُسخ: ما استُحِقَّ.

(٢) وإنما قال: هذا ظاهر رواية الأصل، ولم يقل: هذا رواية الأصل: لأنه لم يصرِّح في الأصل هكذا، ولكنه ذكر ما يدل علىٰ أن القاضي يقضي بالشفعة من إحضار الثمن... إلىٰ آخره. البناية ١٤/٤٤.

وعن محمد رحمه الله : أنه لا يَقضي حتىٰ يُحضِرَ الشفيعُ الثمنَ.

وعن محمدٍ رحمه الله: أنه لا يَقضي حتىٰ يُحضِرَ الشفيعُ الثمنَ)، وهو روايةُ الحسنِ عن أبي حنيفة رحمهما الله.

لأن الشفيعَ عساه يكونُ مفلِساً، فيتوقَّفُ القضاءُ علىٰ إحضاره حتىٰ لا يَتْوىٰ مالُ المشتري.

وجهُ الظاهر: أنه لا ثمنَ له عليه[1] قبلَ القضاء، ولهذا لا يُشترطُ تسليمُه، فكذا لا يُشترطُ إحضارُه[2].

قال[3]: وإذا قَضَىٰ القاضي بالدار للشفيع: قيل له[4]: ادفعِ الثمنَ إلىٰ المشتري، وللمشتري أن يَحبِسَها حتىٰ يَستوفيَ الثمنَ.

ويَنفُذُ القضاءُ عند محمدٍ رحمه الله أيضاً؛ لأنه فَصْلٌ مجتَهَدٌ فيه، ووَجَبَ عليه الثمنُ، فيُحبَسُ فيه[5].

فلو أخَّر أداءَ الثمنِ بعد ما قال له: ادفعِ الثمنَ إليه: لا تبطلُ شفعتُه؛ لأنها تأكَّدت بالخصومة عند القاضي.

---

(١) أي لا ثمن للمشتري علىٰ الشفيع.

(٢) أي الثمن.

(٣) لفظ: قال: مثبتٌ في نُسخ، دون أخرىٰ.

(٤) أي للشفيع.

(٥) أي في الثمن.

وإن أحضر الشفيعُ البائعَ، والمَبيعُ في يده: فله أن يُخاصِمَه في الشفعة.

ولا يَسمعُ القاضي البينةَ حتىٰ يَحضُرَ المشتري، فيَفسَخُ البيعَ بمَشهدٍ منه، ويقضي بالشفعة علىٰ البائع، ويَجعَلُ العُهدةَ عليه.

قال: (وإن أحضر الشفيعُ البائعَ، والمَبيعُ في يده: فله أن يُخاصِمَه في الشفعة)؛ لأن اليدَ له، وهي يدٌ مستَحَقَّةٌ[1].

قال: (ولا يَسمعُ القاضي البينةَ حتىٰ يَحضُرَ المشتري، فيَفسَخُ البيعَ[2] بمَشهدٍ منه، ويقضي بالشفعة علىٰ البائع، ويَجعَلُ العُهدةَ عليه).

لأن الملكَ للمشتري، واليدَ للبائع، والقاضي يقضي بهما للشفيع، فلا بدَّ من حضورهما.

بخلاف ما إذا كانتِ الدارُ قد قُبِضتْ، حيث لا يُعتبر حضورُ البائع؛ لأنه صار أجنبياً، إذ لا[3] تبقىٰ له يدٌ، ولا ملكٌ.

وقوله[4]: فيَفسخُ البيعَ بمَشهدٍ منه: إشارةٌ إلىٰ علَّةٍ أخرىٰ، وهي أن البيعَ في حَقِّ المشتري إذا كان يَنفسخُ: لا بدَّ من حضوره؛ ليَقضي[5] بالفسخ عليه.

---

(١) ضُبطت هذه الكلمة في نسخة ٧٣٨هـ بكسر الحاء وفَتْحِها.

(٢) وفي نُسخ: العقد.

(٣) وفي نُسخ: لم.

(٤) أي الإمام القدوري رحمه الله. البناية ١٤/٤٧.

(٥) وضُبطت في نُسخ بالمبني للمجهول: ليُقضَىٰ.

ومَن اشترىٰ داراً لغيره: فهو الخصمُ للشفيع.

إلا أن يُسلِّمَها إلىٰ الموكِّل.

ثم وجهُ هذا الفسخِ المذكورِ: أن يَنفسخَ في حقِّ الإضافة؛ لامتناع قَبْضِ المشتري بالأخذ بالشفعة، وهو يوجِبُ الفسخَ، إلا أنه يبقىٰ أصلُ البيع؛ لتعذُّر انفساخِهِ؛ لأن الشفعةَ بناءٌ عليه، ولكنه تتحوَّل الصفقةُ إليه، ويصيرُ[1] كأنه هو المشتري منه، فلهذا يَرجعُ بالعُهدة علىٰ البائع.

بخلاف ما إذا قَبَضَه المشتري، فأَخَذَه من يده، حيثُ تكون العهدةُ عليه؛ لأنه تمَّ مِلْكُه بالقبض.

وفي الوجه الأول: امتنع قَبْضُ المشتري، فإنه يوجِبُ الفسخَ، وقد طوَّلنا الكلامَ فيه في «كفاية المنتهي»، بتوفيق الله تعالىٰ.

قال: (ومَن اشترىٰ داراً لغيره: فهو الخصمُ للشفيع)؛ لأنه هو العاقدُ، والأخذُ بالشفعة من حقوقِ العقد، فيَتوجَّه عليه.

قال: (إلا أن يُسلِّمَها إلىٰ الموكِّل)؛ لأنه لم تَبْقَ له يدٌ، ولا ملكٌ، فيكونُ الخصمُ هو الموكِّل.

وهذا لأن الوكيلَ كالبائع من الموكِّل، علىٰ ما عُرِفَ، فتسلُيمه إليه: كتسليم البائع إلىٰ المشتري، فتصيرُ الخصومةُ معه، إلا أنه مع ذلك قائمٌ مَقامَ الموكِّل، فيُكتَفىٰ بحضوره في الخصومةِ قبلَ التسليم.

---

(١) أي الشفيع.

وإذا قُضِيَ للشفيع بالدار، ولم يكن رآها: فله خيارُ الرؤية، وإن وَجَدَ بها عيباً: فله أن يَرُدَّها به وإن كان المشتري شَرَطَ البراءةَ منه.

وكذلك إذا كان البائعُ وكيلاً لغائبٍ[١]: فللشفيع أن يأخذَها منه إذا كانت في يده؛ لأنه عاقدٌ.

وكذا إذا كان البائعُ وصياً لميتٍ فيما يجوز بيعُه؛ لِمَا ذكرنا.

قال: (وإذا قُضِيَ للشفيع بالدار، ولم يكن رآها: فله خيارُ الرؤية، وإن وَجَدَ بها عيباً: فله أن يَرُدَّها به وإن كان المشتري شَرَطَ البراءةَ منه)؛ لأن الأخذَ بالشفعة بمنزلة الشراء.

ألا يُرىٰ أنه مبادلةُ المالِ بالمال، فيثبتُ فيه الخياران[٢]، كما في الشراء.

ولا يَسقطُ[٣] بشرط البراءةِ من المشتري، ولا برؤيته[٤]؛ لأنه ليس بنائبٍ عنه، فلا يَملكُ إسقاطَ حقِّه[٥]، والله سبحانه وتعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) هو مالك الدار. حاشية نسخة ٧٤٢هـ.

(٢) أي خيار الرؤية وخيار العيب.

(٣) أي خيار العيب. البناية ١٤/ ٥٠.

(٤) أي ولا يسقط أيضاً خيارُ الرؤية من الشفيع برؤية المشتري.

(٥) أي فلا يملك المشتري إسقاط خيار الشفيع بالعيب والرؤية.

فصلٌ في الاختلاف

وإن اختَلَفَ الشفيعُ والمشتري في الثمن : فالقولُ قولُ المشتري .

فإن أقاما البينةَ : فالبينةُ للشفيع عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله : البينةُ بينةُ المشتري .

فصلٌ في الاختلاف بين الشفيع والمشتري

قال: (وإن اختَلَفَ الشفيعُ والمشتري في الثمن: فالقولُ قولُ المشتري)؛ لأن الشفيعَ يدَّعي استحقاقَ الدارِ عليه عند نَقْدِ الأقلِّ، وهو يُنكِرُ، والقولُ قولُ المنكِرِ، مع يمينه.

ولا يتحالفان؛ لأنَّ الشفيعَ إن كان يدَّعي عليه استحقاقَ الدارِ: فالمشتري لا يدَّعي عليه شيئاً؛ لتخيُّره بين التَّرْكِ والأخذِ، ولا نصَّ ها هنا، فلا يتحالفان.

قال: (فإن أقاما البينةَ: فالبينةُ للشفيع عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: البينةُ بينةُ المشتري)؛ لأنها أكثرُ إثباتاً، فصار كبينة البائعِ[١]، والوكيلِ[٢]، والمشتري من العدوِّ[٣].

---

(١) كبينة البائع إذا اختلف هو والمشتري في مقدار الثمن، وأقاما البينةَ: فإنها للبائع. البناية ١٤/٥٣.

(٢) أي وكبينة الوكيل بالشراء مع بينة الموكل إذا اختلفا في الثمن: فإنها للوكيل.

(٣) أي وكبينة المشتري من العدوِّ مع بينة المولىٰ القديم إذا اختلفا في ثمن العبد المأسور: فإنها للمشتري؛ لِمَا في ذلك كله من إثبات الزيادة.

وإذا ادَّعىٰ المشتري ثمناً، وادَّعىٰ البائعُ أقلَّ منه، ولم يقبضِ الثمنَ: أَخَذَها الشفيعُ بما قال البائعُ، وكان ذلك حَطّاً عن المشتري.

ولهما: أنه لا تنافيَ بين البيِّنتَيْن، فيُجعَلُ كأنَّ الموجودَ بيعان، وللشفيع أن يأخذَ بأيِّهما شاءَ.

وهذا بخلاف البائع مع المشتري؛ لأنه لا يتوالىٰ بينهما عقدان إلا بانفساخِ الأول، وها هنا الفسخُ لا يظهرُ في حقِّ الشفيع، وهو التخريجُ لبيِّنة الوكيل؛ لأنه كالبائع، والموكِّلُ كالمشتري منه، كيف وأنها ممنوعةٌ[1]، علىٰ ما رُوي عن محمد رحمه الله.

وأما المشتري من العدوِّ: فقلنا ذَكَرَ في «السِّيَر الكبير» أن البينةَ بينةُ المالكِ القديم، فلنا أن نمنعَ، وبعد التسليم نقولُ: لا يصحُّ الثاني هنالك إلا بفسخ الأول، أما ها هنا: فبخلافه.

ولأن بينةَ الشفيع ملزِمةٌ[2]، وبينةُ المشتري غيرُ ملزِمةٍ، والبيِّناتُ للإلزام.

قال: (وإذا ادَّعىٰ المشتري ثمناً، وادَّعىٰ البائعُ أقلَّ منه، ولم يقبضِ الثمنَ: أَخَذَها الشفيعُ بما قال البائعُ، وكان ذلك حَطّاً عن المشتري).

وهذا لأن الأمرَ إن كان علىٰ ما قال البائعُ: فقد وجبتِ الشفعةُ به.

---

(١) أي كيف تكون البينةُ للوكيل مع بينة الموكِّل إذا اختلفا في الثمن والحال أنها ممنوعةٌ. البناية ١٤/٥٣.

(٢) لأنه يلزم علىٰ المشتري تسليم الدار بما قال، شاء أو أبىٰ. البناية ١٤/٥٤.

وإن كان قَبَضَ الثمنَ: أَخَذَها بما قال المشتري إن شاء، ولم يُلتفَتْ إلىٰ قولِ البائع.

وإن كان علىٰ ما قال المشتري: فقد حَطَّ البائعُ بعضَ الثمن، وهذا الحَطُّ يَظهرُ في حقِّ الشفيعِ، علىٰ ما نبيِّنُ إن شاء الله تعالىٰ.

ولأن التملُّكَ علىٰ البائع بإيجابه، فكان القولُ قولَه في مقدارِ الثمنِ ما بقيتْ مطالبتُه، فيأخذُ الشفيعُ بقوله[1].

ولو ادَّعىٰ البائعُ الأكثرَ: يتحالفان، ويترادَّان، وأيُّهما نَكَلَ: ظَهَرَ أن الثمنَ ما يقولُه الآخَرُ، فيأخذُها الشفيعُ بذلك.

وإن حَلَفَا: يَفسخُ القاضي البيعَ بينهما، علىٰ ما عُرِفَ، ويأخذُها الشفيعُ بقول البائع؛ لأن فَسْخَ البيع لا يوجِبُ بطلانَ حقِّ الشفيع.

قال: (وإن كان قَبَضَ الثمنَ: أَخَذَها[2] بما قال المشتري إن شاء، ولم يُلتفَتْ إلىٰ قولِ البائع)؛ لأنه لَمَّا استوفىٰ الثمنَ: انتهىٰ حكمُ العقد، وخَرَجَ هو[3] من البَيْن، وصار كالأجنبيِّ: بقيَ الاختلافُ بين المشتري والشفيع، وقد بيَّنَّاه.

ولو كان نَقْدُ الثمنِ غيرَ ظاهرٍ: فقال البائعُ: بِعتُ الدارَ بألفٍ، وقبضتُ الثمنَ: يأخذُها الشفيعُ بألفٍ؛ لأنه لَمَّا بدأ بالإقرار بالبيع: تعلَّقتِ الشفعةُ به،

---

(١) أي بقول البائع.

(٢) أي الشفيع.

(٣) أي البائع.

فبقوله بعد ذلك: قبضتُ الثمنَ: يريدُ إسقاطَ حقِّ الشفيع، فيُرَدُّ عليه.

ولو قال: قبضتُ الثمنَ، وهو ألفٌ: لم يُلتفَتْ إلىٰ قوله؛ لأن بالأول، وهو الإقرارُ بقبض الثمن: خَرَجَ من البَيْن، وسَقَطَ اعتبارُ قولِه في مقدار الثمن، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

فصلٌ
فيما يُؤخَذُ به المَشفوعُ

وإذا حَطَّ البائعُ عن المشتري بعضَ الثمن : سَقَطَ ذلك عن الشفيع، وإن حَطَّ جميعَ الثمن : لم يسقطْ عن الشفيع .

وإن زاد المشتري البائعَ في الثمن : لم تَلزَمِ الزيادةُ الشفيعَ .

فصلٌ
فيما يُؤخَذُ به المَشفوعُ

قال: (وإذا حَطَّ البائعُ عن المشتري بعضَ الثمن: سَقَطَ ذلك عن الشفيع، وإن حَطَّ جميعَ الثمن: لم يسقطْ عن الشفيع)؛ لأن حَطَّ البعضِ يَلتحِقُ بأصل العقد، فيَظهرُ في حَقِّ الشفيع؛ لأن الثمنَ: ما بقي.

وكذا إذا حَطَّ بعدَ ما أخذها الشفيعُ بالثمن: يَحُطُّ عن الشفيع، حتىٰ يَرجعُ عليه بذلك القدر.

بخلاف حَطِّ الكلِّ؛ لأنه لا يلتحِقُ بأصل العقد بحالٍ، وقد بيَّنَّاه في البيوع، بتوفيق الله تعالىٰ.

قال: (وإن زاد المشتري البائعَ في الثمن: لم تَلزَمِ الزيادةُ الشفيعَ)؛ لأن في اعتبار الزيادة ضرراً بالشفيع؛ لاستحقاقه الأخذَ بما دونها، بخلاف الحطِّ؛ لأن فيه منفعةً له.

ومَن اشترىٰ داراً بعَرْضٍ : أَخَذَها الشفيعُ بقيمته .

وإن اشتراها بمَكيلٍ أو موزونٍ : أَخَذَها بمثلِه .

وإن باع عقاراً بعقارٍ : أَخَذَ الشفيعُ كلَّ واحدٍ منهما بقيمة الآخَر .

وإذا باع بثمنٍ مؤجَّلٍ : فللشفيع الخيارُ : إن شاء أَخَذَها بثمنٍ حالٍّ، وإن شاء صَبَرَ حتىٰ ينقضيَ الأجلُ، ثم يأخذُها .

ونظيرُ الزيادةِ: إذا جَدَّدَ[1] العقدَ بأكثرَ من الثمن الأول: لم تَلزَمِ الزيادةُ الشفيعَ، حتىٰ كان له أن يأخذَها بالثمن الأول؛ لِمَّا بيَّنَّا، كذا هذا.

قال: (ومَن اشترىٰ داراً بعَرْضٍ: أَخَذَها الشفيعُ بقيمته)؛ لأنه من ذوات القِيَم.

قال: (وإن اشتراها بمَكيلٍ أو موزونٍ: أَخَذَها بمثلِه)؛ لأنهما من ذوات الأمثال، وهذا لأن الشرعَ أثبَتَ للشفيع ولايةَ حقِّ التملُّكِ علىٰ المشتري بمثل ما تملَّكه، فيُراعىٰ بالقَدْر المُمكِن، كما في الإتلاف.

والعدديُّ المتقارِبُ: من ذوات الأمثال.

قال: (وإن باع عقاراً بعقارٍ: أَخَذَ الشفيعُ كلَّ واحدٍ منهما بقيمة الآخَرِ)؛ لأنه بَدَلُه، وهو من ذوات القِيَم، فيأخذُه بقيمته.

قال: (وإذا باع[2] بثمنٍ مؤجَّلٍ: فللشفيع الخيارُ: إن شاء أَخَذَها بثمنٍ حالٍّ، وإن شاء صَبَرَ حتىٰ ينقضيَ الأجلُ، ثم يأخذُها)، وليس له أن

---

(١) وضُبطت في نُسخ بالمبني للمجهول: جُدِّد العقدُ.

(٢) وفي نُسخ: ابتاع. أي اشترىٰ.

يأخذَها في الحال بثمنٍ مؤجَّلٍ.

وقال زفر رحمه الله: له ذلك، وهو قولُ الشافعي[(١)] رحمه الله في القديم؛ لأن كونه مؤجَّلاً: وَصْفٌ في الثمن، كالزِّيافة، والأخذِ بالشفعة به[(٢)]، فيأخذُها[(٣)] بأصله ووَصْفه[(٤)]، كما في الزُّيوف.

ولنا: أنَّ الأجلَ إنما يثبتُ بالشرط، ولا شَرْطَ فيما بين الشفيع والبائع، أو المبتاع، وليس الرضا به في حَقِّ المشتري: رضاً به في حَقِّ الشفيع؛ لتفاوت الناسِ في المَلاءَة[(٥)].

وليس الأجلُ وَصْفَ الثمن؛ لأنه حَقُّ المشتري؛ ولو كان وصفاً له: لتَبِعَه، فيكون حَقَّاً للبائع، كالثمن، وصار كما إذا اشترىٰ شيئاً بثمنٍ مؤجَّلٍ، ثم ولاَّه غيرَه: لا يثبتُ الأجلُ إلا بالذكر، كذا هذا.

ثم إن أَخَذَها بثمنٍ حالٍّ من البائع: سَقَطَ الثمنُ عن المشتري؛ لِمَا بيَّنَّا من قبل.

وإن أَخَذَها من المشتري: رَجَعَ البائعُ علىٰ المشتري بثمنٍ مؤجَّلٍ، كما كان؛ لأن الشرطَ الذي جرىٰ بينهما: لم يبطل بأخذ الشفيع، فبقِيَ موجَبُه،

---

(١) العزيز ٥/٥١٠.

(٢) أي بسبب الثمن المؤجل.

(٣) وفي نُسخ: فيأخذه.

(٤) أي بأصل الثمن ووصفه.

(٥) أي الغنىٰ.

وإن اشترىٰ ذميٌّ داراً بخمرٍ أو خنزيرٍ، وشفيعُها ذميٌّ: أَخَذَها بمثل الخمر، وقيمةِ الخنزير.

فصار كما إذا باعه بثمنٍ حالٍّ، وقد اشتراه بثمنٍ مؤجَّلٍ.

وإن اختار الانتظارَ: له ذلك؛ لأن له أنْ لا يلتزمَ زيادةَ الضرر من حيثُ النقديةُ.

وقولُه في «الكتاب[1]»: وإن شاء صَبَرَ حتىٰ ينقضيَ الأجلُ: مرادُه: الصبرُ علىٰ[2] الأخذ.

أما الطلبُ عليه: في الحال، حتىٰ لو سكَتَ عنه: بَطَلَتْ شفعتُه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

خلافاً لقول أبي يوسف رحمه الله الآخِرِ؛ لأن حقَّ الشفعة إنما يثبتُ بالبيع، والأخذُ يَتراخىٰ عن الطلب، وهو متمكِّنٌ من الأخذ في الحال، بأن يؤديَ الثمنَ حالاًّ، فيُشترطُ الطلبُ عند العلم بالبيع.

قال: (وإن اشترىٰ ذميٌّ داراً بخمرٍ أو خنزيرٍ، وشفيعُها ذميٌّ: أَخَذَها بمثل الخمر، وقيمةِ الخنزير)؛ لأن هذا البيعَ مقضيٌّ بالصحة فيما بينهم، وحقُّ الشفعة يَعُمُّ المسلمَ والذميَّ، والخمرُ لهم: كالخَلِّ لنا، والخنزيرُ لهم: كالشاة لنا، فيأخذُ الأولَ بالمِثل، والثاني بالقيمة.

---

(١) أي مختصر القدوري. البناية ١٤/٦٢.

(٢) وفي نُسخ: عن.

وإن كان شفيعُها مسلماً : أَخَذَها بقيمة الخمرِ والخنزير .

وإن كان شفيعُها مسلماً وذِمِّياً : أَخَذَ المسلمُ نصفَها بنصفِ قيمةِ الخمر ، والذميُّ نصفَها بنصفِ مِثْلِ الخمر .

قال: (وإن كان شفيعُها مسلماً: أَخَذَها بقيمة الخمرِ والخنزير).

أما الخنزيرُ: فظاهرٌ، وكذا الخمرُ؛ لامتناع التسلُّم والتسليمِ في حقِّ المسلمِ، فالتَحَقَ بغير المثلي.

قال: (وإن كان شفيعُها مسلماً وذِمِّياً: أَخَذَ المسلمُ نصفَها بنصفِ قيمةِ الخمر، والذميُّ نصفَها بنصفِ مِثْلِ الخمر)؛ اعتباراً للبعض بالكل.

فلو أسلم الذميُّ: أَخَذَها بنصف قيمةِ الخمرِ؛ لعجزِه عن تمليك الخمر، وبالإسلام يتأكَّدُ حقُّه، لا أنْ يَبطُلَ، فصار كما إذا اشتراها بِكُرٍّ من رُطَبٍ، فحَضَرَ الشفيعُ بعد انقطاعه: يأخذُها بقيمة الرُّطَب، كذا هذا، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

فصلٌ

وإذا بنىٰ المشتري أو غَرَسَ، ثم قُضِيَ للشفيع بالشفعة: فهو بالخيار: إن شاء أَخَذَها بالثمن وقيمةِ البناء والغَرْس مقلوعاً، وإن شاء كَلَّفَ المشتريَ قَلْعَه.

فصلٌ
في تغيُّر المَشفوع

قال: (وإذا بنىٰ المشتري أو غَرَسَ، ثم قُضِيَ للشفيع بالشفعة: فهو بالخيار: إن شاء أَخَذَها بالثمن وقيمةِ البناء والغَرْس مقلوعاً، وإن شاء كَلَّفَ المشتريَ قَلْعَه).

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يُكلَّفُ القلعَ، ويُخيَّرُ بين أن يأخذَ بالثمن وقيمةِ البناءِ والغَرْس، وبين أن يَتركَ.

وبه قال الشافعي[1] رحمه الله، إلا أنَّ عنده: له أن يَقلَعَ، ويُعطيَ قيمةَ البناء.

لأبي يوسف رحمه الله: أنه مُحِقٌّ في البناء؛ لأنه بناه علىٰ أنَّ الدارَ مِلْكُه، والتكليفُ بالقلع: من إحكامِ[2] العدوان، وصار كالموهوب له، والمشترِي شراءً فاسداً، وكما إذا زَرَعَ المشتري، فإنه لا يُكلَّفُ القلعَ.

وهذا لأن في إيجاب الأخذِ بالقيمة: دَفْعَ أعلىٰ الضررَيْن بتحمُّل الأدنىٰ، فيُصارُ إليه.

---

(١) الحاوي الكبير ٢٦٨/٧.

(٢) بكسر الهمزة، كما هو في نسخة ٩٨١هـ، أي مِن أشدِّ التعدِّي وأَثْبَتِه.

ولو أَخَذَها الشفيعُ، فبنىٰ فيها، أو غَرَسَ، ثم استُحِقَّتْ: رَجَعَ بالثمن. ولا يَرجعُ بقيمة البناءِ والغَرْس.

ووجهُ ظاهرِ الرواية: أنه بنىٰ في مَحَلٍّ تعلَّقَ به حَقٌّ متأكِّدٌ للغير، من غير تسليطٍ من جهةِ مَن له الحَقُّ، فيُنقَضُ، كالراهن إذا بنىٰ في المرهون.

وهذا لأن حَقَّه أقوىٰ من حَقِّ المشتري؛ لأنه يتقدَّمُ عليه، ولهذا يَنقُضُ بيعَه وهبتَه[1]، وغيرَه من تصرفاته.

بخلاف الهبة، وبخلاف الشراءِ الفاسدِ عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه حَصَلَ بتسليطٍ من جهة مَن له الحَقُّ.

ولأن حَقَّ الاستردادِ فيهما ضعيفٌ، ولهذا لا يبقىٰ بعد البناء، وهذا الحَقُّ يبقىٰ، فلا معنىٰ لإيجاب القيمة، كما في الاستحقاق.

والزرعُ يُقلَعُ قياساً، وإنما لا يُقلَعُ استحساناً؛ لأن له نهايةً معلومةً، ويُبَقَّىٰ بالأجر، وليس فيه كثيرُ ضررٍ[2].

وإن أَخَذَه الشفيعُ بالقيمة: تُعتبَرُ قيمتُه مقلوعاً، كما بيَّنَّاه في الغصب.

قال: (ولو أَخَذَها الشفيعُ، فبنىٰ فيها، أو غَرَسَ، ثم استُحِقَّتْ: رَجَعَ بالثمن)؛ لأنه تبيَّن أنه أَخَذَه بغير حَقٍّ.

(ولا يَرجعُ بقيمة البناءِ والغَرْس)، لا علىٰ البائع إن أَخَذَها منه، ولا علىٰ المشتري إن أَخَذَها منه.

---

(١) أي ينقضُ الشفيعُ بيعَ المشتري وهبته، وضُبطت في نُسخ بالمبني للمجهول هكذا: يُنقَضُ بيعُه وهبتُه.

(٢) وفي نُسخ: كبير الضرر.

وإذا انهدمتِ الدارُ، أو احتَرَقَ بناؤها، أو جَفَّ شجرُ البستان بغير فِعْلِ أحدٍ: فالشفيعُ بالخيار: إن شاء أَخَذَها بجميع الثمن، وإن شاء تَرَكَ.

وإن نَقَضَ المشتري البناءَ: قيل للشفيع: إن شئتَ فخُذِ العَرْصة بحصتها من الثمن، وإن شئتَ فدَعْ.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يَرجعُ؛ لأنه متملِّكٌ عليه، فنُزِّلا منزلةَ البائعِ والمشتري.

والفرقُ علىٰ ما هو المشهور: أن المشتريَ مغرورٌ من جهة البائعِ، ومُسلَّطٌ عليه من جهته، ولا غرورَ ولا تسليطَ في حقِّ الشفيعِ من المشتري؛ لأنه مجبورٌ عليه.

قال: (وإذا انهدمتِ الدارُ، أو احتَرَقَ بناؤها، أو جَفَّ شجرُ البستان بغير فِعْلِ أحدٍ: فالشفيعُ بالخيار: إن شاء أَخَذَها بجميع الثمن)؛ لأنَّ البناءَ والغَرْسَ تابعٌ، حتىٰ دَخَلا في البيع من غيرِ ذِكْرٍ، فلا يقابِلُهما شيءٌ من الثمن ما لم يَصِرْ مقصوداً، ولهذا يبيعُها مرابحةً[1] بكلِّ الثمن في هذه الصورة.

بخلاف ما إذا غَرِقَ نصفُ الأرض، حيث يأخذُ الباقي بحصته؛ لأن الفائتَ بعضُ الأصل.

قال: (وإن شاء تَرَكَ)؛ لأن له أن يمتنعَ عن تملُّكِ الدار بماله.

قال: (وإن نَقَضَ المشتري البناءَ: قيل للشفيع: إن شئتَ فخُذِ العَرْصة بحصتها من الثمن، وإن شئتَ فدَعْ)؛ لأنه صار مقصوداً بالإتلاف، فيقابِلُها شيءٌ من الثمن، بخلاف الأول؛ لأن الهلاكَ بآفةٍ سماويةٍ.

---

(١) وفي طبعات الهداية القديمة: ولهذا جاز بيعُها مرابحة.

وليس للشفيع أن يأخذَ النُّقْضَ.

ومَن ابتاع أرضاً، وعلىٰ نخلِها ثمرٌ: أَخَذَها الشفيعُ بثمرها.

وكذلك إن ابتاعها وليس في النخيل ثمرٌ قائمٌ، فأثمر في يدِ المشتري.

فإن جَذَّه المشتري، ثم جاء الشفيعُ: لا يأخذ الثمرَ في الفصلَيْن جميعاً.

(وليس للشفيع أن يأخذَ النُّقْضَ)؛ لأنه صار مفصولاً، فلم يبقَ تَبَعاً.

قال: (ومَن ابتاع أرضاً، وعلىٰ نخلِها ثمرٌ: أَخَذَها الشفيعُ بثمرها).

ومعناه: إذا ذَكَرَ الثمرَ في البيع؛ لأنه لا يدخلُ من غير ذِكْرٍ.

وهذا الذي ذَكَرَه استحسانٌ، وفي القياس: لا يأخذُه؛ لأنه ليس بتَبَعٍ؛ ألا يُرىٰ أنه لا يَدخلُ في البيع من غير ذِكْرٍ، فأشبه المتاعَ في الدار.

وجهُ الاستحسان: أنه باعتبار الاتصال: صار تبعاً للعقار، كالبناء في الدار، وما كان مُركَّباً فيه، فيأخذُه الشفيع.

قال: (وكذلك إن ابتاعها وليس في النخيل ثمرٌ قائمٌ، فأثمر في يدِ المشتري)، يعني يأخذُه الشفيعُ؛ لأنه مَبيعٌ تَبَعاً؛ لأن البيعَ سَرَىٰ إليه، علىٰ ما عُرِفَ في ولدِ المبيع[1].

قال: (فإن جَذَّه[2] المشتري، ثم جاء الشفيعُ: لا يأخذ الثمرَ في الفصلَيْن جميعاً).

---

(١) أي إذا باع جاريةً، فولدت في يد البائع قبل التسليم إلىٰ المشتري: يكون الولدُ داخلاً تحته بيعاً، كذا هذا. حاشية نسخة ٧٣٨هـ، وحاشية نسخة ٧٤٢هـ.

(٢) أي قَطَعَه.

وإن جَذَّه المشتري : سَقَطَ عن الشفيع حصتُه من الثمن .

قال رضي الله عنه : وهذا جوابُ الفصل الأول .

أما في الفصل الثاني : يأخذُ ما سوىٰ الثمرِ بجميع الثمن إن شاء .

لأنه لم يَبْقَ تبعاً للعقار وقتَ الأخذ، حيث صار مفصولاً عنه، فلا يأخذُه.

قال في «الكتاب[1]»: (وإن جَذَّه المشتري: سَقَطَ عن الشفيع حصتُه من الثمن.

قال رضي الله عنه: وهذا جوابُ الفصل الأول)؛ لأنه دَخَلَ في البيع مقصوداً، فيقابلُه شيءٌ من الثمن.

(أما في الفصل الثاني: يأخذُ ما سوىٰ الثمرِ بجميع الثمن إن شاء)؛ لأن الثمرَ لم يكن موجوداً عند العقد، فلا يكون مَبيعاً إلا تَبَعاً، فلا يقابلُه شيءٌ من الثمن، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

باب

ما تجبُ فيه الشفعة، وما لا تجب فيه

الشفعةُ واجبةٌ في العقارِ وإن كان مما لا يُقسَمُ.

باب

ما تجبُ فيه الشفعة، وما لا تجبُ فيه

قال: (الشفعةُ واجبةٌ في العقارِ وإن كان مما لا يُقسَمُ).

وقال الشافعي[1] رحمه الله: لا شفعةَ فيما لا يُقسَمُ؛ لأن الشفعةَ إنما وَجَبَتْ دَفْعاً لمُؤنةِ القسمة، وهذا لا يتحقَّقُ فيما لا يُقسَمُ.

ولنا: قولُه عليه الصلاة والسلام: «الشفعةُ في كلِّ شيءٍ، من عقارٍ أو رَبْعٍ[2]»[3]، إلىٰ غير ذلك من العمومات.

ولأن الشفعةَ سببُها الاتصالُ في الملك، والحكمةُ: دفعُ ضررِ سوءِ الجِوار، علىٰ ما مرَّ.

---

(١) المهذب ٢/٢١٣.

(٢) الرَّبْعُ: المنزل، والدارُ: بعينها. النهاية ٢/١٨٩، مختار الصحاح (ربع).

(٣) سنن الترمذي (١٣٧١)، شرح معاني الآثار (٦٠١٥)، قال في التلخيص الحبير ٣/٥٥: البزار بسند جيد، وينظر بمعناه في صحيح مسلم (١٦٠٨)، نصب الراية ٤/١٧٨.

ولا شفعةَ في العُروضِ، والسُّفُنِ.

وأنه[1] يَنتظِمُ القسمَيْن: ما يُقسَمُ، وما لا يُقسَم، وهو الحَمَّامُ، والرَّحىٰ، والبئر، والطريقُ.

قال: (ولا شفعةَ في العُروض، والسُّفُنِ)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا شفعةَ إلا في رَبْعٍ، أو حائطٍ»[2].

وهو حُجَّةٌ علىٰ مالكٍ[3] رحمه الله في إيجابها في السُّفُن.

ولأن الشفعةَ إنما وجبت لدفع ضررِ سوءِ الجِوار علىٰ الدوام، والمِلكُ في المنقول لا يدومُ حَسَبَ دوامِه في العقار، فلا يُلحَقُ به.

وفي بعض نُسَخِ «المختصر[4]»: ولا شفعةَ في البناءِ والنخلِ إذا بِيعتْ دونَ العَرْصة: وهو صحيحٌ[5] مذكورٌ في «الأصل»؛ لأنه لا قرارَ له، فكان نَقْلياً.

وهذا بخلاف العُلْوِ، حيثُ يُستَحَقُّ بالشفعة، وتُستَحَقُّ به الشفعةُ في السُّفْلِ إذا لم يكن طريقُ العُلو فيه؛ لأنه بما لَه من حَقِّ القَرَارِ: التحق بالعقار.

---

(١) أي دفع ضرر الجوار ينتظم القسمين. البناية ١٤/٧٩.

(٢) قال في التلخيص الحبير ٣/١٣٥: رواه البزار في مسنده بسند جيد، نصب الراية ٤/١٧٨، وفي الدراية ٢/٢٠٣: البزار من حديث جابر، ورجاله أثبات.

قلت: لم أجده فيما طُبع من البزار، إذ إن المطبوع منه فيه نقص كبير.

(٣) التلقين ص١٣٨. إذ دلَّ الحديث علىٰ أن لا شفعة في المنقولات.

(٤) أي مختصر القدوري.

(٥) وفي نُسخ: وهو الصحيح.

والمسلمُ والذميُّ في الشفعة : سواءٌ.

وإذا مُلِكَ العقارُ بعِوَضٍ هو مالٌ : وجبتْ فيه الشفعةُ.

ولا شفعةَ في الدار التي يتزوَّجُ الرجلُ عليها، أو يخالِعُ المرأةَ بها، أو يستأجرُ بها داراً أو غيرَها، أو يُصالِحُ بها عن دمٍ عمدٍ، أو يُعتِقُ عليها عبداً.

قال: (والمسلمُ والذميُّ في الشفعة: سواءٌ)؛ للعمومات.

ولأنهما يستويان في السبب، وفي الحكمة، فيستويان في الاستحقاق، ولهذا يستوي فيه الذَّكَرُ والأنثىٰ، والصغيرُ والكبيرُ، والباغي والعادلُ، والحرُّ والعبدُ إذا كان مأذوناً أو مكاتَباً.

قال: (وإذا مُلِكَ العقارُ بعِوَضٍ هو مالٌ: وجبتْ فيه الشفعةُ)؛ لأنه أمكن مراعاةُ شَرْطِ الشرعِ فيه، وهو التملُّك بمثل ما تَمَلَّكَ به المشتري صورةً أو قيمةً، علىٰ ما مَرَّ.

قال: (ولا شفعةَ في الدار التي يتزوَّجُ الرجلُ عليها، أو يخالِعُ المرأةَ بها[1]، أو يستأجرُ بها داراً أو غيرَها، أو يُصالِحُ بها عن دمٍ عمدٍ، أو يُعتِقُ عليها عبداً).

لأن الشفعةَ عندنا إنما تجبُ في مبادلةِ المالِ بالمالِ؛ لِمَا بيَّنَّا، وهذه الأعواضُ ليست بأموالٍ، فإيجابُ الشفعةِ فيها: خلافُ المشروعِ، وقَلْبُ الموضوعِ.

---

(١) وضُبطت في نُسخ: تُخالِعُ المرأةُ بها. قلت: والمعنىٰ واحد.

. . . .

وعند الشافعي[1] رحمه الله: تجبُ فيها الشفعةُ؛ لأن هذه الأعواضَ متقوِّمةٌ عنده، فأمكَنَ الأخذُ بقيمتها إن تعذَّر بمِثلِها، كما في البيع بالعَرْض.

بخلاف الهبة؛ لأنه لا عوضَ فيها أصلاً.

وقولُه[2] يتأتَّىٰ فيما إذا جَعَلَ شِقْصاً من دارٍ مهراً، أو ما يُضاهيه؛ لأنه لا شفعةَ عنده إلا فيه.

ونحنُ نقولُ: إنَّ تَقَوُّمَ منافعِ البُضعِ في النكاح وغيرِها بعقد الإجارة ضروريٌّ، فلا يَظهرُ في حَقِّ الشفعة.

وكذا الدمُ والعتقُ غيرُ متقوِّمٍ؛ لأن القيمةَ ما يقومُ مقامَ غيرِه في المعنىٰ الخاصِّ المطلوب، ولا يتحقَّقُ فيهما.

وعلىٰ هذا[3]: إذا تزوجها بغير مهرٍ، ثم فَرَضَ لها الدارَ مهراً؛ لأنه بمنزلة المفروضِ في العقد، في كونه مقابَلاً بالبُضع.

بخلاف ما إذا باعها بمهرِ المثل، أو بالمسمَّىٰ؛ لأنه مبادلةُ مالٍ بمال.

ولو تزوَّجها علىٰ دارٍ علىٰ أن تَرُدَّ عليه ألفاً: فلا شفعةَ في جميع الدار عند أبي حنيفة رحمه الله.

---

(١) العزيز ١١/٤٢٤.

(٢) أي قول الإمام الشافعي رحمه الله.

(٣) أي علىٰ هذا الخلاف.

أو يُصالِحُ عليها بإنكارٍ، فإنْ صالَحَ عليها بإقرارٍ : وَجَبَتِ الشفعة .

وقالا: تجبُ في حصةِ الألف؛ لأنه مبادلةٌ ماليةٌ في حقِّه.

وهو[١] يقول: معنىٰ البيع فيه تابعٌ، ولهذا ينعقدُ بلفظ النكاح، ولا يَفسدُ بشرط النكاح فيه، ولا شفعةَ في الأصل، فكذا في التَّبَعُ.

ولأنَّ الشفعةَ شُرِعت في المبادلةِ الماليةِ المقصودة، حتىٰ إن المضاربَ إذا باع داراً، وفيها رِبْحٌ: لا يَستحِقُّ ربُّ المال الشفعةَ في حصة الربح؛ لكونه تابعاً فيه.

قال: (أو يُصالِحُ عليها بإنكارٍ، فإنْ صالَحَ عليها بإقرارٍ: وَجَبَتِ الشفعة).

قال رضي الله عنه: هكذا ذُكِرَ في أكثر نُسَخِ «المختصر»، والصحيحُ: أو يصالِحُ عنها بإنكارٍ: مكانَ قولِه: عليها: لأنه إذا صالَحَ عنها بإنكار: بقِيَتِ الدارُ في يده، فهو يَزْعُمُ أنها لم تَزُلْ عن مِلكِه.

وكذا إذا صَالَحَ عنها بسكوتٍ: لأنه يَحتملُ أنه بَذَلَ المالَ افتداءً ليمينه، وقَطْعاً لشَغْبِ خَصْمِه، كما إذا أنكر صريحاً.

بخلاف ما إذا صالح عنها بإقرارٍ؛ لأنه معترِفٌ بالملك للمدعي، وإنما استفاده بالصلح، فكان مبادلةً ماليةً.

أما إذا صالح عليها بإقرار، أو إنكار، أو سكوتٍ: وجبتِ الشفعةُ في جميع ذلك؛ لأنه أَخَذَها عِوضاً عن حقِّه في زُعْمِه، إذا لم يكن من جنسه، فيُعامَلُ بزُعْمه.

---

(١) أي الإمام أبو حنيفة رحمه الله.

ولا شفعةَ في هبةٍ؛ إلا أنْ تكونَ بعوضٍ مشروطٍ.

ومَن باع بشرطِ الخيار: فلا شفعةَ للشفيع.

فإن أسقط الخيارَ: وَجَبَتِ الشفعةُ.

وإن اشترىٰ بشرطِ الخيار: وَجَبَتِ الشفعةُ.

قال: (ولا شفعةَ في هبةٍ)؛ لِمَا ذكرنا، (إلا أنْ تكونَ بعوضٍ مشروطٍ)؛ لأنه بيعٌ انتهاءً.

ولا بدَّ من القبض، وأن لا يكونَ الموهوبُ ولا عوضُه شائعاً؛ لأنه هبةٌ ابتداءً، وقد قرَّرْناه في كتاب الهبة.

بخلاف ما إذا لم يكنِ العوضُ مشروطاً في العقد؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما هبةٌ مطلَقةٌ، إلا أنه أُثِيْبَ منها، فامتنع الرجوعُ.

قال: (ومَن باع بشرطِ الخيار: فلا شفعةَ للشفيع)؛ لأنه يَمنعُ زوالَ الملكِ عن البائع.

(فإن أسقط الخيارَ: وَجَبَتِ الشفعةُ)؛ لأنه زال المانعُ عن الزوال.

ويُشترطُ الطلبُ عند سقوطِ الخيار، في الصحيح؛ لأن البيعَ يصيرُ سبباً لزوال الملك عند ذلك.

قال: (وإن اشترىٰ بشرطِ الخيار: وَجَبَتِ الشفعةُ)؛ لأنه لا يمنعُ زوالَ الملكِ عن البائع، بالاتفاق، والشفعةُ تُبتَنىٰ عليه، علىٰ ما مرَّ.

. . . .

وإذا أَخَذَها في الثلاث[١]: وَجَبَ[٢] البيعُ؛ لعَجْز المشتري عن الردِّ.

ولا خيارَ للشفيع؛ لأنه يَثبتُ بالشرط[٣]، وهو للمشتري، دون الشفيع.

وإن بِيعتْ دارٌ إلىٰ جَنْبِها، والخيارُ لأحدِهما: فله الأخذُ بالشفعة.

أما البائع[٤]: فظاهرٌ؛ لبقاء ملكِه في التي يشفعُ بها.

وكذا إذا كان الخيار للمشتري، وفيه إشكالٌ[٥]، أوضحناه في البيوعِ[٦]، فلا نُعيدُه.

وإذا أَخَذَها: كان إجازةً منه للبيع، بخلاف ما إذا اشتراها، ولم يَرَها، حيثُ لا يَبطلُ خيارُه بأَخْذِ ما بِيْعَ بجَنْبِها بالشفعة؛ لأن خيارَ الرؤية لا يَبطلُ بصريح الإبطال، فكيف بدلالته؟!

ثم إذا حَضَرَ شفيعُ الدارِ الأُولىٰ: له أن يأخذَها، دون الثانية؛ لانعدام ملكِه في الأُولىٰ حين بِيعَتِ الثانية.

---

(١) وإذا أخذ الشفيع الشفعة في مدة الخيار التي هي الثلاث، وقيَّد بـ: الثلاث: لتكون المسألة علىٰ الاتفاق. البناية ١٤/٩٣.

(٢) أي ثَبَتَ.

(٣) أي لا يثبت الخيار الذي كان للمشتري للشفيع؛ لأن الخيار يثبت بالشرط.

(٤) أي أما خيار البائع.

(٥) وهو: أن الخيار لو كان للمشتري عند أبي حنيفة: لا يكون ملكاً للمشتري، إلا عند سقوط خياره، أما عندهما: فيدخل في ملكه. حاشية نسخة ٩٨١هـ، وينظر غاية البيان.

(٦) في باب خيار الشرط.

ومَن ابتاع داراً شراءً فاسداً : فلا شفعةَ فيها .

فإن سَقَطَ حقُّ الفسخِ : وَجَبَتِ الشفعةُ .

قال: (ومَن ابتاع داراً شراءً فاسداً: فلا شفعةَ فيها).

أما قبلَ القبض: فلعدم زوالِ ملكِ البائع.

وأما بعدَ القبضِ: لاحتمال الفسخ، وحقُّ الفسخِ ثابتٌ بالشرع لدفع الفساد، وفي إثبات حقِّ الشفعة: تقريرُ الفساد، فلا يجوز.

بخلاف ما إذا كان الخيارُ للمشتري في البيع الصحيحِ؛ لأنه صار أخصَّ به تصرُّفاً، وفي البيع الفاسد: ممنوعٌ عنه.

قال: (فإن سَقَطَ حقُّ الفسخِ: وَجَبَتِ الشفعةُ)؛ لزوال المانع.

وإن بِيعتْ دارٌ بجَنْبِها، وهي في يدِ البائع بعدُ: فله الشفعةُ؛ لبقاء ملكِه.

وإن سلَّمَها إلىٰ المشتري: فهو شفيعُها؛ لأن المِلكَ له.

ثم إن سلَّمَ البائعُ قبلَ الحُكم بالشفعة له: بَطَلَتْ شفعتُه، كما إذا باع.

بخلاف ما إذا سَلَّم بعدَه؛ لأن بقاءَ مِلْكِه في الدار التي يَشفعُ بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرطٍ، فتَبقىٰ المأخوذةُ بالشفعة علىٰ ملكه.

وإن استردَّها البائعُ من المشتري قبلَ الحكم بالشفعة له: بطلت؛ لانقطاع ملكِه عن التي يَشفعُ بها قبلَ الحكم بالشفعة.

وإن استردَّها بعدَ الحكم: بقيتِ الثانيةُ علىٰ ملكِه؛ لِمَا بيَّنَّا.

وإذا اقتسم الشركاءُ العقارَ: فلا شفعةَ لجارِهم بالقسمة.

وإذا اشترىٰ داراً، فسلَّم الشفيعُ الشفعةَ، ثم ردَّها المشتري بخيارِ رؤيةٍ، أو شَرْطٍ، أو بعيبٍ بقضاءِ قاضٍ: فلا شفعةَ للشفيع.

وإن ردَّها بعيبٍ بغير قضاءٍ، أو تقايلا البيعَ: فللشفيع الشفعةُ.

قال: (وإذا اقتسم الشركاءُ العقارَ: فلا شفعةَ لجارِهم بالقسمة).

لأن القسمةَ: فيها معنىٰ الإفرازِ، ولهذا يجري فيها الجَبْرُ، والشفعةُ ما شُرعتْ إلا في المبادلة المطلَقة.

قال: (وإذا اشترىٰ داراً، فسلَّم الشفيعُ الشفعةَ، ثم ردَّها المشتري بخيارِ رؤيةٍ، أو شَرْطٍ، أو بعيبٍ بقضاءِ قاضٍ: فلا شفعةَ للشفيع).

لأنه فَسْخٌ من كلِّ وجهٍ، فعاد إلىٰ قديمِ ملكِه، والشفعةُ في إنشاء العقد.

ولا فَرْقَ في هذا بين القبض، وعدمِه.

قال: (وإن ردَّها بعيبٍ بغير قضاءٍ، أو تقايلا البيعَ: فللشفيع الشفعةُ)؛ لأنه فَسْخٌ في حَقِّهما؛ لولايتهما علىٰ أنفسهما، وقد قَصَدَا الفسخَ، وهو بيعٌ جديدٌ في حقِّ ثالثٍ؛ لوجود حدِّ البيع، وهو مبادلةُ المالِ بالمال بالتراضي، والشفيعُ ثالثٌ.

ومرادُه: الردُّ بالعيب بعدَ القبض؛ لأن قبلَه: فسخٌ من الأصلِ وإن كان بغير قضاءٍ، علىٰ ما عُرف.

وفي «الجامع الصغير»: ولا شفعةَ في قسمةٍ، ولا خيارِ رؤيةٍ، وهو بكسر الراء.

(وفي «الجامع الصغير[1]»: ولا شفعةَ في قسمةٍ، ولا خيارِ رؤيةٍ، وهو بكسر الراء[2])، ومعناه: لا شفعةَ بسبب الردِّ بخيارِ الرؤية؛ لِمَا بيَّنَّاه.

ولا تصحُّ الروايةُ بالفتح[3]، عطفاً علىٰ: الشفعة: لأن الروايةَ محفوظةٌ في كتاب القسمة، أنه يثبتُ في القسمةِ خيارُ الرؤية، وخيارُ الشرط؛ لأنهما يَثبتان لخَلَلٍ في الرضا، فيما يتعلَّقُ لزومُه بالرضا، وهذا المعنىٰ موجودٌ في القسمة، والله سبحانه أعلم.

* * * * *

---

(١) ص١٨٣.

(٢) أي راء لفظ: خيار الرؤية.

(٣) تعقَّب العيني في البناية ١٤/٩٩ كلام صاحب الهداية، ونقل عن أبي الليث وقاضي خان والسرخسي إثبات رواية فتح الراء، وجوازها، وذَكَرَ بيانَ وجهها.

باب
ما تبطلُ به الشفعة

وإذا تَرَكَ الشفيعُ الإشهادَ حين عَلِمَ بالبيع، وهو يَقدِرُ علىٰ ذلك: بَطَلَتْ شفعتُه.

وكذلك إن أَشهَدَ في المجلس، ولم يُشهِدْ علىٰ أحدِ المتبايعَيْن، ولا عندَ العقار.

وإن صالَحَ من شفعتِه علىٰ عوضٍ: بطلت شفعتُه، وردَّ العوضَ.

باب
ما تبطلُ به الشفعة

قال: (وإذا تَرَكَ الشفيعُ الإشهادَ حين عَلِمَ بالبيع، وهو يَقدِرُ علىٰ ذلك: بَطَلَتْ شفعتُه)؛ لإعراضِه عن الطلب، وهذا لأن الإعراضَ إنما يتحقَّقُ حالةَ الاختيار، وهي عند القدرة.

قال: (وكذلك إن أَشهَدَ في المجلس، ولم يُشهِدْ علىٰ أحدِ المتبايعَيْن، ولا عندَ العقار)، وقد أوضحناه فيما تقدَّم.

قال: (وإن صالَحَ من شفعتِه علىٰ عوضٍ: بطلت شفعتُه، وردَّ العوضَ)؛ لأن حَقَّ الشفعةِ ليس بحقٍّ متقرِّرٍ في المَحَلِّ، بل هو مجردُ حَقِّ التملك، فلا يصحُّ الاعتياضُ عنه، ولا يتعلَّقُ إسقاطُه بالجائز من الشرط، فبالفاسد أَوْلىٰ، فيبطلُ الشرطُ، ويصحُّ الإسقاطُ.

وإذا مات الشفيعُ: بطلتْ شفعتُه.

وكذا لو باع شفعتَه بمالٍ؛ لِمَا بيَّنَّا.

بخلاف القصاص؛ لأنه حقٌّ متقرِّرٌ.

وبخلاف الطلاقِ والعَتاق؛ لأنه اعتياضٌ عن ملكٍ في المَحَلِّ.

ونظيرُه: إذا قال للمخيَّرة: اختاريني بألفٍ، أو قال العنِّينُ لامرأته: اختاري تَرْكَ الفسخِ بألفٍ، فاختارت: سقط الخيارُ، ولا يثبتُ العوضُ.

والكفالةُ بالنفس في هذا: بمنزلة الشفعةِ في روايةٍ، وفي الأخرىٰ[1]: لا تبطل الكفالةُ، ولا يجبُ المالُ.

وقيل: هذه روايةٌ في الشفعة، وقيل: هي في الكفالة خاصةً، وقد عُرِفَ في موضعه.

قال: (وإذا مات الشفيعُ: بطلتْ شفعتُه).

وقال الشافعي[2] رحمه الله: تُورَثُ عنه.

قال رضي الله عنه: معناه: إذا مات بعد البيع، قبلَ القضاءِ بالشفعة، أما إذا مات بعد قضاءِ القاضي، قبلَ نَقْدِ الثمن وقَبْضِه: فالبيعُ لازمٌ لورثته.

وهذا نظيرُ الاختلافِ في خيار الشرط، وقد مَرَّ في البيوع.

---

(١) أي في الرواية الأخرىٰ، وهي رواية كتاب الصلح، من رواية أبي سليمان. البناية ١٤/١٠٤.

(٢) الحاوي الكبير ٧/٢٥٩.

وإن مات المشتري : لم تَبطلِ الشفعةُ.

وإذا باع الشفيعُ ما يَشفعُ به قبلَ أن يُقضىٰ له بالشفعة : بطلت شفعتُه.

ولأنه بالموت يزولُ مِلْكُه عن داره، ويثبتُ الملكُ للوارث بعد البيع، وقيامُه وقتَ البيع، وبقاؤه للشفيع إلىٰ وقت القضاء: شرطٌ، فلا يستوجِبُ الشفعةَ بدونه.

قال: (وإن مات المشتري: لم تَبطلِ الشفعةُ)؛ لأن المستَحِقَّ باقٍ[1]، ولم يتغيَّر سببُ حقِّه.

ولا يُباعُ في دَيْن المشتري، ووصيتِه.

ولو باعه القاضي أو الوصيُّ، أو أوصىٰ المشتري فيها بوصيةٍ: فللشفيع أن يُبطِلَه، ويأخذَ الدارَ؛ لتقدُّم حقِّه، ولهذا يُنقَضُ تصرُّفُه[2] في حياته.

قال: (وإذا باع الشفيعُ ما يَشفعُ به قبلَ أن يُقضىٰ له بالشفعة: بطلت شفعتُه)؛ لزوال سببِ الاستحقاقِ قبلَ التملك، وهو الاتصالُ بملكه، ولهذا يزولُ به وإن لم يعلم بشراء المشفوعة، كما إذا سلَّم صريحاً، أو إبراءً عن الدين، وهو لا يَعلَمُ به.

وهذا بخلاف ما إذا باع الشفيعُ دارَه بشرط الخيارِ له؛ لأنه يَمنعُ الزوالَ، فبقيَ الاتصالُ.

---

(١) وهو الشفيع.

(٢) أي تصرف المشتري.

ووكيلُ البائع إذا باع، وهو الشفيعُ: فلا شفعةَ له.

ووكيلُ المشتري إذا ابتاع، وهو الشفيعُ: فله الشفعةُ.

وكذلك لو ضَمِنَ الدَّرَكَ عن البائع، وهو الشفيع: فلا شفعةَ له.

وإذا بلغ الشفيعَ أنها بِيعتْ بألف درهمٍ، فسلَّمَ، ثم عَلِمَ أنها بِيعتْ بأقلَّ، أو بحنطةٍ أو شعيرٍ قيمتُها ألفٌ، أو أكثرُ: فتسليمُه باطلٌ، وله الشفعةُ.

قال: (ووكيلُ البائع إذا باع، وهو الشفيعُ: فلا شفعةَ له.

ووكيلُ المشتري إذا ابتاع، وهو الشفيعُ: فله الشفعةُ).

والأصلُ: أنَّ مَن باع، أو بِيْعَ له: فلا شفعةَ له، ومَن اشترىٰ، أو ابتِيْعَ له: فله الشفعةُ؛ لأنَّ الأولَ بأخذ المشفوعة يسعىٰ في نَقْضِ ما تَمَّ من جهته، وهو البيعُ، والمشتري لا يَنتقِضُ شراؤه بالأخذ بالشفعة؛ لأنه مثلُ الشراء.

قال: (وكذلك لو ضَمِنَ الدَّرَكَ عن البائع، وهو الشفيع: فلا شفعةَ له).

وكذا إذا باع، وشَرَطَ الخيارَ لغيره، فأمضىٰ المشروطُ له الخيارُ البيعَ، وهو الشفيعُ: فلا شفعةَ له؛ لأن البيعَ تَمَّ بإمضائه، بخلاف جانبِ المشروطِ له الخيارُ من جانب المشتري.

قال: (وإذا بلغ الشفيعَ أنها بِيعتْ بألف درهمٍ، فسلَّمَ، ثم عَلِمَ أنها بِيعتْ بأقلَّ، أو بحنطةٍ أو شعيرٍ قيمتُها ألفٌ، أو أكثرُ: فتسليمُه باطلٌ، وله الشفعةُ)؛ لأنه إنما سلَّم لاستكثار الثمنِ في الأول، ولتعذُّر الجنسِ الذي بَلَغَه، وتيسُّرِ ما بِيْعَ به في الثاني، إذِ الجنسُ مختَلِفٌ.

وإن بان أنها بِيْعتْ بدنانيرَ قيمتُها ألفٌ : فلا شفعةَ له .

وإذا قيل له : إن المشتريَ فلانٌ ، فسَلَّم الشفعةَ ، ثم عَلِمَ أنه غيرُه : فله الشفعةُ .

وكذا كلُّ مكيلٍ أو موزونٍ أو عدديٍّ متقارِبٍ.

بخلاف ما إذا عَلِمَ أنها بِيعتْ بعَرْضٍ قيمتُه ألفٌ أو أكثرُ؛ لأن الواجبَ فيه القيمةُ، وهي دراهمُ أو دنانير.

قال: (وإن بان أنها بِيْعتْ بدنانيرَ قيمتُها ألفٌ: فلا شفعةَ له).

وكذا إذا كانت أكثرَ.

وقال زفرُ رحمه الله: له الشفعةُ؛ لاختلافِ الجنس.

ولنا: أن الجنسَ متَّحِدٌ في حقِّ الثمنية والمالية.

قال: (وإذا قيل له: إن المشتريَ فلانٌ، فسَلَّم الشفعةَ، ثم عَلِمَ أنه غيرُه: فله الشفعةُ)؛ لتفاوت الجِوار.

ولو عَلِمَ أن المشتريَ هو فلانٌ مع غيره: فله أن يأخذَ نصيبَ غيرِه؛ لأن التسليمَ لم يوجَد في حقِّه.

ولو بَلَغَه شراءُ النصفِ، فسلَّم، ثم ظَهَرَ شراءُ الجميع: فله الشفعةُ؛ لأن التسليمَ لضرر الشركةِ في حقِّه، ولا شركةَ فيه.

وفي عكسِه: لا شفعةَ، في ظاهر الرواية؛ لأن التسليمَ في الكلِّ تسليمٌ في أبعاضه، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

فصلٌ

وإذا باع داراً إلا مقدارَ ذِرَاعٍ منها، في طُوْلِ الحَدِّ الذي يلي الشفيعَ: فلا شفعةَ له.

وإذا ابتاع منها سهماً بثمنٍ، ثم ابتاع بقيَّتَها: فالشفعةُ للجار في السهم الأول، دون الثاني.

فصلٌ

في بيان الحِيَل[1] التي تَبطُلُ بها الشفعةُ

قال: (وإذا باع داراً إلا مقدارَ ذِرَاعٍ منها، في طُوْلِ الحَدِّ الذي يلي الشفيعَ: فلا شفعةَ له)؛ لانقطاع الجِوَار، فهذه حيلةٌ[2].

وكذا إذا وَهَبَ منه هذا المقدارَ، وسلَّمَه إليه؛ لِمَا بيَّنَّا.

قال: (وإذا ابتاع منها سهماً بثمنٍ، ثم ابتاع بقيَّتَها: فالشفعةُ للجار في السهم الأول، دون الثاني)؛ لأن الشفيعَ جارٌ فيهما، إلا أن المشتريَ في الثاني[3] شريكٌ، فيتقدَّم عليه.

---

(١) وإنما يُحتاج إلىٰ الحِيَل؛ لأن الشفيعَ ربما يكون فاسقاً مؤذِياً، أو ظالماً متعدياً، فيُحتاج إلىٰ الاجتناب عن جِواره. البناية ١٤/١١٣.

(٢) أي في الشفعة.

(٣) وفي نُسخ: الباقي.

وإن ابتاعها بثمنٍ، ثم دَفَعَ إليه ثوباً عوضاً عنه : فالشفعةُ بالثمن، دون الثوب.

ولا تُكرَه الحِيلةُ في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف رحمه الله.

فإن أراد الحيلةَ: ابتاع السهمَ بالثمن إلا درهماً مثلاً، والباقي بباقي الثمن[١].

قال: (وإن ابتاعها بثمنٍ، ثم دَفَعَ إليه ثوباً عوضاً عنه: فالشفعةُ بالثمن، دون الثوب)؛ لأنه عقدٌ آخَرُ، والثمنُ هو العوضُ عن الدار.

قال رضي الله عنه: وهذه حيلةٌ أخرىٰ تَعُمُّ الجِوَارَ والشركة، فيُباعُ[٢] بأضعاف قيمتِه، ويُعطَىٰ بها ثوبٌ بقَدْر قيمتِه.

إلا أنه لو استُحِقَّتِ المشفوعةُ: يبقىٰ كلُّ الثمن علىٰ مشتري الثوب؛ لقيام البيع الثاني، فيتضرَّرُ به[٣].

والأوجهُ: أن يُباعَ بالدراهم الثمنِ دينارٌ، حتىٰ إذا استُحِقَّ المشفوعُ: يبطلُ الصرفُ، فيجبُ ردُّ الدينار[٤]، لا غيرَ.

قال: (ولا تُكرَه الحِيلةُ في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف رحمه الله.

---

(١) وهو درهمٌ، وقولُه: والباقي بباقي الثمن: مثبتٌ في نسخة ٧٤٢هـ، وفي نُسخ أخرىٰ: والباقي بالباقي.

(٢) أي يُباع المبيع بأضعاف قيمته.

(٣) أي بالبيع الثاني.

(٤) علىٰ المشتري.

وتكره عند محمدٍ رحمه الله.

وتكره عند محمدٍ رحمه الله)؛ لأن الشفعةَ إنما وجبت لدفع الضرر، ولو أَبَحْنا الحيلةَ ما دَفَعْناه.

ولأبي يوسف رحمه الله: أنه مَنْعٌ عن إثبات الحَقِّ[١]، فلا يُعَدُّ ضرراً.

وعلىٰ هذا الخلاف: الحيلةُ في إسقاط الزكاة، والله تعالىٰ أعلم.

❊ ❊ ❊ ❊ ❊

مسائلُ متفرِّقةٌ

وإذا اشترىٰ خمسةُ نَفَرٍ داراً من رجلٍ: فللشفيع أن يأخذَ نصيبَ أحدِهم، وإن اشتراها رجلٌ من خمسة نَفَرٍ: أَخَذَها كلَّها، أو تَرَكَها.

مسائلُ متفرِّقةٌ في الشفعة

قال: (وإذا اشترىٰ خمسةُ نَفَرٍ داراً من رجلٍ: فللشفيع أن يأخذَ نصيبَ أحدِهم، وإن اشتراها رجلٌ من خمسة نَفَرٍ: أَخَذَها كلَّها، أو تَرَكَها).

والفَرْقُ: أن في الوجه الثاني: بأخذِ البعض: تتفرَّقُ الصفقةُ علىٰ المشتري، فيَتضرَّرُ به زيادةَ الضرر، وفي الوجه الأول: يقومُ الشفيعُ مَقامَ أحدِهم، فلا تتفرَّقُ الصفقة.

ولا فَرْقَ في هذا بينما إذا كان قبلَ القبض، وبعدَه، هو الصحيح، إلا أن قبلَ القبض: لا يُمكِنُه أَخْذُ نصيبِ أحدِهم إذا نَقَدَ ما عليه، ما لم يَنقُدِ الآخَرُ حصتَه؛ كي لا يؤديَ إلىٰ تفريقِ اليدِ علىٰ البائع، بمنزلة أحدِ المشترِيَيْن، بخلاف ما بعد القبض؛ لأنه سقطتْ يدُ البائع.

وسواءٌ سمَّىٰ لكلِّ نصيبٍ بعض ثمناً، أو كان الثمنُ جملةً؛ لأن العبرةَ في هذا: لتفرُّق الصفقة، لا للثمن.

وهنا تفريعاتٌ ذكرناها في «كفاية المنتهي».

ومَن اشترىٰ نصفَ دارٍ غيرِ مَقْسومٍ، فقاسَمَه البائعُ: أَخَذَ الشفيعُ النصفَ الذي صار للمشتري، أو يَدَع.

قال: (ومَن اشترىٰ نصفَ دارٍ غيرِ[1] مَقْسومٍ[2]، فقاسَمَه البائعُ: أَخَذَ الشفيعُ النصفَ الذي صار للمشتري، أو يَدَع).

لأن القسمةَ من تمام القبض؛ لِمَا فيه من تكميل الانتفاع، ولهذا يتمُّ القبضُ بالقسمة في الهبة، والشفيعُ لا يَنقُضُ القبضَ وإن كان له نَفْعٌ فيه[3]، بعَوْدِ العُهدة علىٰ البائع، فكذا لا يَنقُضُ ما هو مِن تمامِه.

بخلاف ما إذا باع أحدُ الشريكين نصيبَه من الدار المشتركة، وقاسَمَ المشتري[4] الذي لم يَبِعْ[5]، حيث يكونُ للشفيع نَقْضُه؛ لأن العقدَ ما وقع مع الذي قاسَمَ، فلم تكنِ القسمةُ من تمام القبضِ الذي هو حُكمُ العقد، بل هو تصرُّفٌ بحكم الملك، فيَنقُضُه الشفيعُ، كما يَنقُضُ بيعَه وهبتَه.

ثم إطلاقُ الجوابِ في «الكتاب[6]»: يدلُّ علىٰ أن الشفيعَ يأخذُ النصفَ الذي صار للمشتري في أيِّ جانبٍ كان، وهو المَرْويُّ عن أبي يوسف رحمه الله، لأن المشتريَ لا يملكُ إبطالَ حَقِّه بالقسمة.

---

(١) وفي نُسخ بفتح الراء. غيرَ.

(٢) أي حال كون النصف غير مقسوم، وفي نُسخ: غير مقسومةٍ. البناية ١٤/١٢٠.

(٣) أي في النقض.

(٤) المشتري: فاعل: قاسَمَ.

(٥) أي الشريك الذي لم يبع، وهو في محل النصب علىٰ المفعولية.

(٦) أي الجامع الصغير. البناية ١٤/١٢١.

ومَن باع داراً، وله عبدٌ مأذونٌ له، عليه دينٌ: فله الشفعةُ.

وكذا إذا كان العبدُ هو البائعُ: فلمولاه الشفعةُ.

وتسليمُ الأبِ والوصيِّ الشفعةَ علىٰ الصغير جائزٌ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمدٌ وزفرُ رحمهما الله: هو علىٰ شفعتِه إذا بَلَغَ.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه إنما يأخذُه إذا وَقَعَ في جانب الدارِ التي يشفعُ بها؛ لأنه لا يبقىٰ جاراً فيما يقعُ في الجانب الآخَر.

قال: (ومَن باع داراً، وله عبدٌ مأذونٌ له، عليه دينٌ: فله الشفعةُ.

وكذا إذا كان العبدُ هو البائعُ: فلمولاه الشفعةُ)؛ لأن الأخذَ بالشفعة تملُّكٌ بالثمن، فيُنَزَّلُ مَنزلةَ الشراء، وهذا لأنه مفيدٌ؛ لأنه يتصرَّفُ للغرماء.

بخلاف ما إذا لم يكن عليه دَيْنٌ؛ لأنه يبيعُه لمولاه، ولا شفعةَ لمن بِيْعَ له.

قال: (وتسليمُ الأبِ والوصيِّ الشفعةَ علىٰ الصغير جائزٌ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمدٌ وزفرُ رحمهما الله: هو علىٰ شفعتِه إذا بَلَغَ).

قالوا: وعلىٰ هذا الخلاف: إذا بَلَغَهما شراءُ دارٍ بجوار دارِ الصبيِّ، فلم يطلُبا الشفعةَ.

وعلىٰ هذا الخلاف: تسليمُ الوكيلِ بطلب الشفعة، في رواية كتاب الوكالة[1]، وهو الصحيح.

---

(١) من كتاب الأصل لمحمد رحمه الله.

. . . .

لمحمدٍ وزفرَ رحمهما الله: أنه حَقٌّ ثابتٌ للصغير، فلا يَملِكان إبطالَه، كديَتِه، وقَوَدِه.

ولأنه شُرِعَ لدفع الضرر، فكان إبطالُه إضراراً به

ولهما: أنه في معنىٰ التجارة، فيَملِكان تَرْكَه؛ ألا يُرىٰ أنَّ مَن أوجب بيعاً للصبيِّ: صحَّ ردُّه من الأبِ والوصيِّ.

ولأنه دائرٌ بين النفعِ والضرر، وقد يكونُ النظرُ في تَرْكه؛ ليبقىٰ الثمنُ علىٰ ملكِه، والولايةُ نظريةٌ[1]، فيملِكانه.

وسكوتُهما: كإبطالهما؛ لكونه دليلُ الإعراض.

وهذا الاختلافُ إذا بِيعتْ بمثل قيمتِها، فإن بِيعت بأكثرَ من قيمتِها، بما لا يَتغابنُ الناسُ فيه: قيل: جاز التسليمُ، بالإجماع؛ لأنه تمحَّضَ نَظَراً.

وقيل: لا يصحُّ، بالاتفاق؛ لأنه لا يملكُ الأخذَ، فلا يملكُ التسليمَ، كالأجنبي.

وإن بِيعتْ بأقلَّ من قيمتِها محاباةً كثيرةً: فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يصحُّ التسليمُ منهما.

ولا روايةَ عن أبي يوسف[2] رحمه الله، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي ولاية الأب والوصي نظريةٌ، يعني لأجل النظر في حقه. البناية ١٤/١٢٥.

(٢) أبو يوسف ومحمد وزفر مع أبي حنيفة، ولكن هناك تفصيل من ناحية التسليم. ينظر البناية ١٤/١٢٦.

كتاب القِسْمة

. . . .

كتاب القِسْمة

القِسْمةُ في الأعيان المشتركةِ مشروعةٌ؛ لأن النبيَّ عليه الصلاة والسلام باشَرَها في المَغانمِ والمواريث[١].

وجرىٰ التوارثُ بها من غير نكيرٍ.

ثم هي لا تَعرَىٰ عن معنىٰ المبادلةِ والإفراز؛ لأن ما يجتمِعُ لأحدهما: بعضُه كان له، وبعضُه كان لصاحبه، فهو يأخذُه عوضاً عما بقيَ من حَقِّه في نصيبِ صاحبه، فكان مبادلةً وإفرازاً.

والإفرازُ هو الظاهرُ في المكيلات والموزونات؛ لعدم التفاوت، حتىٰ كان لأحدهما أن يأخذَ نصيبَه حالَ غَيْبةِ صاحبِه.

ولو اشترياه[٢]، فاقتسماه: يبيعُ أحدُهما نصيبَه مرابحةً بنصف الثمن[٣].

ومعنىٰ المبادلة هو الظاهرُ في الحيوانات والعُروض؛ للتفاوت، حتىٰ

---

(١) أما قسمة الغنائم: ففي صحيح البخاري (٣٠٦٦)، وأما المواريث: فأيضاً في صحيح البخاري (٦٧٣٦).

(٢) أي لو اشترىٰ الشريكان شيئاً من المكيلات أو الموزونات.

(٣) لأن نصيبه عينُ ما كان مملوكاً له قبل القسمة.

وينبغي للقاضي أن يَنصِبَ قاسماً، يَرزُقُه من بيت المال؛ ليَقسِمَ بين الناس بغير أجرٍ.

لا يكونُ لأحدهما أَخْذُ نصيبِه عند غَيْبة الآخَر[١].

ولو اشترياه[٢]، فاقتسماه: لا يبيعُ أحدُهما نصيبَه مرابحةً بعد القسمة، إلا أنها إذا كانت من جنسٍ واحدٍ: أَجبَرَ القاضي علىٰ القسمة عند طَلَبِ أحدِ الشركاء؛ لأن فيه معنىٰ الإفراز؛ لتقارب المقاصد، والمبادلةُ مما يجري فيه الجَبْرُ، كما في قضاء الدَّين.

وهذا لأن أحدَهم بطلبِ القسمة: يسألُ القاضيَ أنْ يَخُصَّه بالانتفاع بنصيبه، ويَمنعَ الغيرَ عن الانتفاع بملكه، فيجبُ علىٰ القاضي إجابتُه.

وإن كانت أجناساً مختلفةً: لا يُجبِرُ القاضي علىٰ قسمتِها؛ لتعذُّر المعادلة، باعتبار فُحْشِ التفاوتِ في المقاصد.

ولو تراضَوْا عليها: جاز؛ لأن الحَقَّ لهم.

قال: (وينبغي للقاضي أن يَنصِبَ قاسماً[٣]، يَرزُقُه من بيت المال؛ ليَقسِمَ بين الناس بغير أجرٍ)؛ لأن القسمةَ من جنس عملِ القضاء، من حيث إنه يتمُّ به قَطْعُ المنازعة، فأشبه رِزْقَ القاضي.

---

(١) وفي نُسخ: حال غيبة صاحبه.

(٢) أي الشيء المشترك من غير المكيل، كالحيوانات أو العروض.

(٣) وفي نُسخ: قَسَّاماً.

فإن لم يَفعل : نَصَبَ قاسماً يَقسِمُ بالأجر .

ويجبُ أن يكون عَدْلاً ، مأموناً ، عالِماً بالقسمة .

ولا يُجبِرُ القاضي الناسَ علىٰ قاسِمٍ واحدٍ .

ولأن منفعةَ نَصْبِ القاسمِ تعُمُّ العامةَ، فتكونُ كفايتُه في مالِهم[1]؛ غُرْماً بالغُنْم.

قال: (فإن لم يَفعل: نَصَبَ قاسماً يَقسِمُ بالأجر).

معناه: بأجرٍ يكونُ علىٰ المتقاسِمِيْن؛ لأن النفعَ لهم علىٰ الخصوص، ويُقدِّرُ أجرَ مثلِه؛ كي لا يَتحكَّمَ بالزيادة.

والأفضلُ أن يَرزُقَه من بيت المال؛ لأنه أرفقُ بالناس، وأبعدُ عن التُّهمة.

قال: (ويجبُ أن يكون عَدْلاً، مأموناً، عالِماً بالقسمة)؛ لأنه من جنسِ عملِ القضاء.

ولأنه لا بدَّ من القدرة، وهي بالعلم، ومن الاعتمادِ علىٰ قولِه، وهو بالأمانة.

قال: (ولا يُجبِرُ القاضي الناسَ علىٰ قاسِمٍ واحدٍ).

معناه: لا يُجبِرُهم علىٰ أن يستأجِروه؛ لأنه لا جَبْرَ علىٰ العقود.

ولأنه لو تعيَّن: لتحكَّم بالزيادة علىٰ أجرِ مثلِه.

---

(١) أي في مال العامة، وهو بيت المال. البناية ١٤/١٣٢.

ولا يَترُكُ القُسَّامَ يَشتركون.

وأجرةُ القسمةِ علىٰ عددِ الرؤوس عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: علىٰ قَدْر الأنصباء.

ولو اصطلحوا، فاقتسموا: جاز، إلا إذا كان فيهم صغيرٌ، فيُحتاجُ إلىٰ أَمْرِ القاضي؛ لأنه لا ولايةَ لهم عليه.

قال: (ولا يَترُكُ القُسَّامَ يَشتركون)؛ كي لا تصيرَ الأجرةُ غاليةً علىٰ السعر بتواكلهم، وعند عدم الشركة: يتبادرُ كلٌّ منهم[1] إليه؛ خِيفَةَ الفَوْتِ، فيَرخُصُ الأجرُ.

قال: (وأجرةُ القسمةِ علىٰ عددِ الرؤوس عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: علىٰ قَدْر الأنصباء).

لأنه مؤنةُ المِلك، فيَتقدَّرُ بقَدْره، كأجرة الكيَّال والوزَّانِ، وحَفْرِ البئر المشتركةِ، ونفقةِ المملوكِ المشترَك.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الأجرَ مقابَلٌ بالتمييز، وأنه لا يتفاوَتُ، وربما يَصعُبُ الحسابُ بالنظر إلىٰ القليل.

وقد ينعكسُ الأمرُ، فيتعذَّرُ اعتبارُه، فيَتعلَّقُ الحُكمُ بأصل التمييز.

بخلاف حَفْرِ البئر؛ لأن الأجرَ مقابَلٌ بنقل التراب، وهو يتفاوَت.

والكيلُ والوزنُ إن كان للقسمة: قيل: هو علىٰ الخلاف.

---

(١) أي يتبادر كلٌّ من القُسَّام إلىٰ القَسْم.

وإذا حَضَرَ الشركاءُ عند القاضي، وفي أيديهم دارٌ أو ضَيْعةٌ، وادَّعْوا أنهم وَرِثوها عن فلانٍ: لم يَقسِمْها القاضي عند أبي حنيفة رحمه الله حتىٰ يُقيموا البينةَ علىٰ موتِه، وعددِ ورثتِه.

وقال صاحباه: يَقسِمُها باعترافهم، ويَذكُرُ في كتاب القسمة أنه قَسَمَها بقولهم.

وإن كان المالُ المشترَكُ ما سوىٰ العقار، وادَّعَوْا أنه ميراثٌ: قَسَمَه، في قولِهم جميعاً.

وإن لم يكن للقسمة: فالأجرُ مقابَلٌ بعملِ الكيلِ والوزن، وهو يتفاوتُ، وهو العذرُ لو أُطلِقَ، ولا يُفَصِّلُ[1].

وعنه: أنه علىٰ الطالب، دون الممتنِع؛ لنفعه، ومَضرَّةِ الممتنع.

قال: (وإذا حَضَرَ الشركاءُ عند القاضي، وفي أيديهم دارٌ أو ضَيْعةٌ، وادَّعْوا أنهم وَرِثوها عن فلانٍ: لم يَقسِمْها القاضي عند أبي حنيفة رحمه الله حتىٰ يُقيموا البينةَ علىٰ موتِه، وعددِ ورثتِه.

وقال صاحباه: يَقسِمُها باعترافهم، ويَذكُرُ في كتاب القسمة أنه قَسَمَها بقولهم.

وإن كان المالُ المشترَكُ ما سوىٰ العقار، وادَّعَوْا أنه ميراثٌ: قَسَمَه، في قولِهم جميعاً.

---

(١) وفي نُسخ: يُفصَّل، بفتح الصاد، والمراد: لا يفصَّل أنه للقسمة أو ليس للقسمة.

ولو ادَّعَوْا في العقار أنهم اشتَرَوْه : قَسَمَه بينهم .

ولو ادَّعَوْا في العقار أنهم اشترَوْه: قَسَمَه بينهم).

لهما: أن اليدَ: دليلُ الملكِ، والإقرارَ: أمارةُ الصدق، ولا منازعَ لهم، فيقسِمُه بينهم، كما في المنقول الموروث، والعقارِ المشترَىٰ.

وهذا لأنه لا مُنكِرُ، ولا بينةَ إلا علىٰ المُنكِرِ، فلا يُفيدُ، إلا أنه يَذكرُ في كتاب القسمة: أنه قَسَمَها بإقرارِهم؛ ليقتصرَ عليهم، ولا يتعدَّاهم.

وله: أن القسمةَ قضاءٌ علىٰ الميت، إذِ التركةُ مُبَقَّاةٌ علىٰ ملكِه قبلَ القسمة، حتىٰ لو حدثتِ الزيادةُ قبلَها: تُنَفَّذُ وصاياه فيها، وتُقضىٰ ديونُه منها، بخلاف ما بعد القسمة.

وإذا كانت[1] قضاءً علىٰ الميت: فالإقرارُ ليس بحجةٍ عليه، فلا بدَّ من البينة، وهي[2] مفيدةٌ؛ لأن بعضَ الورثةِ ينتصبُ خصماً عن المورِّث.

ولا يَمتنِعُ ذلك بإقراره، كما في الوارث أو الوصيِّ المقِرِّ بالدين، فإنه يَقبَلُ البينةَ عليه مع إقراره، بخلاف المنقول؛ لأن في القسمة نظراً؛ للحاجة إلىٰ الحفظ، أما العقارُ فمُحصَّنٌ بنفسه.

ولأن المنقولَ مضمونٌ علىٰ مَن وَقَعَ في يده، ولا كذلك العقارُ عنده.

وبخلاف المشترَىٰ؛ لأن المبيعَ لا يبقىٰ علىٰ ملكِ البائع وإن لم يَقسِمْ، فلم تكنِ القسمةُ قضاءً علىٰ الغير.

---

(١) أي القسمة.

(٢) أي البينة.

وإن ادَّعَوا الملكَ، ولم يذكروا كيف انتقل إليهم : قَسَمَه بينهم .

وفي «الجامع الصغير» : أرضٌ ادَّعاها رجلان، وأقاما البينةَ أنها في أيديهما، وأرادا القسمةَ : لم يَقسِمْها حتىٰ يُقيما البينةَ أنها لهما .

وإذا حَضَرَ وارثان، وأقاما البينةَ علىٰ الوفاةِ، وعددِ الورثة، والدارُ في أيديهم، ومعهم وارثٌ غائبٌ : قَسَمَها القاضي بطلب الحاضِرِيْن، ويَنصِبُ وكيلاً يَقبِضُ نصيبَ الغائب .

قال: (وإن ادَّعَوا الملكَ، ولم يذكروا كيف انتقل إليهم: قَسَمَه بينهم)؛ لأنه ليس في القسمةِ قضاءٌ علىٰ الغير، فإنهم ما أقرُّوا بالملك لغيرهم.

قال رضي الله عنه: هذه روايةُ كتاب القسمة[١]، (وفي «الجامع الصغير[٢]»: أرضٌ ادَّعاها رجلان، وأقاما البينةَ أنها في أيديهما، وأرادا القسمةَ: لم يَقسِمْها حتىٰ يُقيما البينةَ أنها لهما)؛ لاحتمال أن تكونَ لغيرهما.

ثم قيل: هو قولُ أبي حنيفة رحمه الله خاصةً.

وقيل: هو قولُ الكلِّ، وهو الأصحُّ؛ لأن قسمةَ الحفظ في العقار غيرُ محتاجٍ إليه، وقسمةُ الملك: تَفتَقِرُ إلىٰ قيامه، ولا ملكَ، فامتنع الجوازُ.

قال: (وإذا حَضَرَ وارثان، وأقاما البينةَ علىٰ الوفاةِ، وعددِ الورثة، والدارُ في أيديهم[٣]، ومعهم وارثٌ غائبٌ: قَسَمَها القاضي بطلب الحاضِرِيْن، ويَنصِبُ وكيلاً يَقبِضُ نصيبَ الغائب.

---

(١) أي من كتاب المبسوط لمحمد رحمه الله.

(٢) ص١٩٢.

(٣) ورجح بعضهم أن الصواب: في أيديهما. البناية ١٤/١٤٠.

ولو كانوا مشتَرِيْن : لم يَقسِمْ مع غَيْبَةِ أحدِهم .

وإن كان العقارُ في يدِ الوارثِ الغائبِ، أو شيءٌ منه : لم يَقسِمْ .

وكذا لو كان مكانَ الغائبِ صبيٌّ: يَقسِمُ، ويَنصِبُ وصياً يَقبِضُ نصيبَه؛ لأن فيه نظراً للغائب والصغير.

ولا بدَّ من إقامة البينةِ في هذه الصورةِ عنده أيضاً، خلافاً لهما، كما ذَكَرْنا من قبل.

قال: (ولو كانوا مشتَرِيْن: لم يَقسِمْ مع غَيْبَةِ أحدِهم).

والفرقُ: أن مِلْكَ الوارثِ مِلكُ خلافةٍ، حتىٰ يَرُدُّ بالعيب، ويُرَدُّ عليه بالعيب فيما اشتراه المورِّثُ أو باع، ويصيرُ مغروراً بشراء المورِّث، فانتصب أحدُهما خصماً عن الميت فيما في يده، والآخَرُ عن نفسِه، فصارتِ القسمةُ قضاءً بحضرة المتخاصِمِيْن.

أما الملكُ الثابتُ بالشراء: مِلْكٌ مبتَدأٌ، ولهذا لا يُرَدُّ بالعيب علىٰ بائعِ بائعِه، فلا يَصلُحُ الحاضرُ خصماً عن الغائب، فوَضَحَ الفرقُ.

قال: (وإن كان العقارُ في يدِ الوارثِ الغائبِ، أو شيءٌ منه: لم يَقسِمْ).

وكذا إذا كان في يدِ مودَعه.

وكذا إذا كان في يدِ الصغير؛ لأن القسمةَ قضاءٌ علىٰ الغائب والصغيرِ باستحقاق يدِهما من غير خصمٍ حاضرٍ عنهما، وأمينُ الخصمِ ليس بخصمٍ عنه فيما يُستَحَقُّ عليه، والقضاءُ من غير خصمٍ لا يجوز.

وإن حَضَرَ وارثٌ واحدٌ: لم يَقسِمْ.

ولا فَرْقَ في هذا الفصل بين إقامة البينةِ وعدمِها، هو الصحيحُ، كما أطلق في «الكتاب[1]».

قال: (وإن حَضَرَ وارثٌ واحدٌ: لم يَقسِمْ) وإن أقام البينةَ؛ لأنه لا بدَّ من حضورِ خصمَيْن؛ لأن الواحدَ لا يصلحُ مُخاصِماً ومُخاصَماً، وكذا مُقاسِماً ومُقاسَماً.

بخلاف ما إذا كان الحاضرُ اثنين، علىٰ ما بيَّنَّا.

ولو كان الحاضرُ كبيراً وصغيراً: نَصَبَ القاضي عن الصغير وصيَّاً، وقَسَمَ إذا أُقيمتِ البينةُ.

وكذا إذا حَضَرَ وارثٌ كبيرٌ وموصىً له بالثلث فيها، وطَلَبَا القسمةَ، وأقاما البينةَ علىٰ الميراثِ والوصيةِ: يَقسِمُ؛ لاجتماع الخصمَيْن، الكبيرِ: عن الميت، والموصىٰ له: عن نفسِه.

وكذا الوصيُّ عن الصبيِّ، كأنه حَضَرَ بنفسه بعد البلوغ؛ لقيامه مَقامَه، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊ ❊ ❊

فصلٌ

فيما يُقسَمُ، وما لا يُقسَم

وإذا كان كلُّ واحدٍ من الشركاء يَنتفعُ بنصيبه : قَسَمَ بطلب أحدِهم .

وإن كان يَنتفِعُ أحدُهم، والآخَرُ يَستضِرُّ به لقلَّة نصيبِه : فإنْ طَلَبَ صاحبُ الكثير : قَسَمَ، وإن طَلَبَ صاحبُ القليل : لم يَقسِمْ.

فصلٌ

فيما يُقسَمُ، وما لا يُقسَم

قال: (وإذا كان كلُّ واحدٍ من الشركاء يَنتفعُ بنصيبه: قَسَمَ[1] بطلب أحدِهم)؛ لأن القسمةَ حَقٌّ لازمٌ فيما يَحتمِلُها عند طلبِ أحدهم، علىٰ ما بيَّنَّاه من قبل.

قال: (وإن كان يَنتفِعُ أحدُهم، والآخَرُ يَستضِرُّ به لقلَّة نصيبه: فإنْ طَلَبَ صاحبُ الكثير: قَسَمَ، وإن طَلَبَ صاحبُ القليل: لم يَقسِمْ)؛ لأن الأولَ منتَفِعٌ به، فيُعتبرُ طلبُه، والثاني مُتَعَنِّتٌ في طلبِه، فلم يُعتبر.

وذَكَرَ الجَصَّاص[2] رحمه الله علىٰ قَلْبِ هذا؛ لأن صاحبَ الكثير يريدُ

---

(١) أي القاضي.

(٢) أي الإمام أبو بكر الرازي الجصاص أحمد بن علي، ت٣٧٠هـ.

وفي نُسخ: الخَصَّاف، وصحَّح في حاشية نسخة أخي الوزير: ونسخة ١٠٣٨هـ أن الصواب: الجصاص، وكذلك في البناية ١٤/١٤٥.

وإن كان كلُّ واحدٍ منهما يَستَضِرُّ لصِغَره : لم يَقسِمْها إلا بتراضيهما .

ويَقسِمُ العُروضَ إذا كانت من صنفٍ واحدٍ .

الإضرارَ بغيره، والآخَرَ يَرضىٰ بضرر نفسِه.

وذَكَرَ الحاكمُ الشهيدُ رحمه الله في «مختصره[1]» أن أيَّهما طَلَبَ القسمةَ: يَقسِمُ القاضي.

والوجهُ[2] اندرج فيما ذكرناه.

والأصحُّ: المذكورُ في «الكتاب[3]»، وهو الأول.

قال: (وإن كان كلُّ واحدٍ منهما يَستَضِرُّ لصِغَره[4]: لم يَقسِمْها[5] إلا بتراضيهما)؛ لأن الجَبْرَ علىٰ القسمةِ لتكميل المنفعة، وفي هذا: تفويتُها.

وتجوز بتراضيهما؛ لأن الحقَّ لهما، وهما أعرفُ بشأنهما، أما القاضي فيَعتمدُ الظاهرَ.

قال: (ويَقسِمُ العُروضَ إذا كانت من صنفٍ واحدٍ)؛ لأن عندَ اتحادِ الجنس: يتحدُ المقصودُ، فيَحصُلُ التعديلُ في القسمة، والتكميلُ في المنفعة.

---

(١) لم يبيِّن هل أراد المنتقىٰ أم الكافي؟

(٢) أي وجه ما ذكره الحاكم رحمه الله. البناية ١٤/١٤٦.

(٣) أي مختصر القدوري. البناية ١٤/١٤٧.

(٤) وفي نُسخ: لقلة نصيبه.

(٥) أي الدار.

ولا يَقسِمُ الجنسَيْن بعضَها في بعض.

قال: (ولا يَقسِمُ الجنسَيْن بعضَها في بعض)؛ لأنه لا اختلاطَ بين الجنسَيْن، فلا تقعُ القسمةُ تمييزاً، بل تقعُ معاوَضةً، وسبيلُها التراضي، دون جَبْرِ القاضي.

ويَقسِمُ القاضي كلَّ مكيلٍ وموزونٍ، كثيرٍ أو قليلٍ، والمعدودَ المتقارِبَ، وتِبْرَ الذهبِ والفضةِ، وتِبْرَ الحديدِ والنحاسِ، والإبلَ(١) بانفرادِها(٢)، والبقرَ(٣)، والغَنَمَ(٤).

ولا يَقسِمُ شاةً، وبعيراً، وبِرْذَوْناً، وحماراً.

ولا يَقسِمُ الأوانيَ؛ لأنها باختلاف الصنعة: التحقَتْ بالأجناس المختلِفة.

ويقسمُ الثيابَ الهَرَوِيَّةَ؛ لاتحاد الصِّنْف.

ولا يَقسِمُ ثوباً واحداً؛ لاشتمال القسمةِ علىٰ الضرر، إذ هي لا تتحقَّقُ إلا بالقطع.

---

(١) وفي نُسخ: الآنُك، بدل: الإبل. قال العيني في البناية ١٤/١٤٨: والآنك: مناسبٌ لما قبله، والإبل: مناسبٌ لما بعدها. اهـ، والآنك: هو الرصاص الخالص، كما في المصباح المنير (أنك).

(٢) قوله: بانفرادها: ينصرف إلىٰ كل نوع مما ذُكر. كما في حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٣) في النسخ الخطية: أو البقر أو الغنم، وفي طبعات الهداية القديمة: والبقر والغنم، بالواو.

(٤) أي يقسم البقرَ والغنمَ بانفراد كل واحد منهما؛ لقلة التفاوت. البناية ١٤/١٤٨.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يَقسِمُ الرَّقيقَ، والجواهِرَ؛ لتفاوتهما، وقالا: يَقسمُ الرقيقَ.

ولا ثوبَيْن إذا اختلفت قيمتُهما؛ لِمَا بيَّنَّا.

بخلاف ثلاثةِ أثوابٍ إذا جُعِلَ ثوبٌ بثوبَيْن، أو ثوبٌ وربعُ ثوبٍ بثوبٍ وثلاثةِ أرباعِ ثوبٍ؛ لأنه قسمةُ البعض، دون البعض، وذلك جائزٌ.

قال: (وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يَقسِمُ الرَّقيقَ، والجواهِرَ؛ لتفاوتهما[1].

وقالا: يَقسمُ الرقيقَ)؛ لاتحادِ الجنسِ، كما في الإبل والغنم، ورقيقِ المَغْنَمِ.

وله: أن التفاوتَ في الآدميِّ فاحشٌ؛ لتفاوت المعاني الباطنةِ، فصار كالجنس المختلِفِ.

بخلاف الحيوانات؛ لأن التفاوتَ فيها يَقِلُّ عند اتحادِ الجنس.

ألا ترىٰ أن الذكرَ والأنثىٰ من بني آدم: جنسان، ومن الحيوانات: جنسٌ واحد[2].

بخلاف المَغانِم[3]؛ لأن حَقَّ الغانمين في المالية، حتىٰ كان للإمام بيعُها، وقسمةُ ثمنِها، وها هنا يَتعلَّقُ بالعين والماليةِ جميعاً، فافترقا.

---

(١) وفي نُسخ: لتفاوتها.

(٢) فلو اشترىٰ فرساً علىٰ أنه ذكرٌ، فكان أنثىٰ: ينعقد البيع، ويثبت الخيار. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٣) وفي نُسخ: الغنائم.

ولا يُقسَمُ حَمَّامٌ، ولا بئرٌ، ولا رَحَىً إلا أن يتراضىٰ الشركاءُ.

وإذا كانتْ دُورٌ مشتركَةٌ في مِصرٍ واحدٍ: قَسَمَ كلَّ دارٍ علىٰ حِدَتِها في قولِ أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: إن كان الأصلَحُ لهم قسمةَ بعضِها في بعضٍ: قَسَمَها.

وأما الجواهر: فقد قيل: إذا اختلف الجنسُ: لا يَقسِمُ، كاللآلىء واليواقيت.

وقيل: لا يقسِمُ الكبارَ منها؛ لكثرة التفاوت، ويَقسِمُ الصغارَ؛ لقلة التفاوت.

وقيل: يَجري الجوابُ علىٰ إطلاقه؛ لأن جهالةَ الجواهرِ أفحشُ من جهالة الرقيق، ألا ترىٰ أنه لو تزوَّج علىٰ لؤلؤةٍ أو ياقوتةٍ، أو خالع عليها: لا تصحُّ التسميةُ، ويصحُّ ذلك علىٰ عبدٍ، فأَوْلىٰ أن لا يُجبَرَ علىٰ القسمة.

قال: (ولا يُقسَمُ حَمَّامٌ، ولا بئرٌ، ولا رَحَىً إلا أن يتراضىٰ الشركاءُ).

وكذا الحائطُ بين الدارَيْن؛ لأنه يشتملُ علىٰ الضرر في الطرفين، إذ لا يبقىٰ كلُّ نصيب مُنتَفَعاً به انتفاعاً مقصوداً، فلا يَقسِمُ القاضي، بخلاف التراضي؛ لِمَا بيَّنَّا.

قال: (وإذا كانتْ دُورٌ مشتركَةٌ في مِصرٍ واحدٍ: قَسَمَ كلَّ دارٍ علىٰ حِدَتِها في قولِ أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: إن كان الأصلَحُ لهم قسمةَ بعضِها في بعضٍ: قَسَمَها).

وعلىٰ هذا الخلاف: الأَقْرِحةُ[1] المتفرِّقةُ المشتركةُ.

---

(١) جمع: قُراح: وهي أرضٌ خاليةٌ عن الشجر والبناء وغيرهما. البناية ١٤/١٥٤.

. . . .

لهما: أنها جنسٌ واحدٌ، اسماً وصورةً، ونظراً إلىٰ أصل السكنىٰ: أجناسٌ معنىً؛ نظراً إلىٰ اختلاف المقاصدِ، ووجوهِ السكنىٰ، فيُفوَّضُ الترجيحُ إلىٰ القاضي.

وله: أن الاعتبارَ للمعنىٰ، وهو المقصودُ، ويختلفُ ذلك باختلاف البلدان والمَحَالِّ، والجيرانِ، والقُربِ إلىٰ المسجد، والماءِ اختلافاً فاحشاً، فلا يُمكنُ التعديلُ في القسمة، ولهذا لا يجوزُ التوكيلُ بشراءِ دارٍ[1].

وكذا لو تزوَّج علىٰ دارٍ: لا تصحُّ التسميةُ، كما هو الحكم فيهما[2] في الثوب.

بخلاف الدارِ الواحدةِ إذا اختلفت بيوتُها؛ لأن في قسمةِ كلِّ بيتٍ علىٰ حِدَةٍ ضرراً، فقُسِمَتِ الدارُ قسمةً واحدةً.

قال رضي الله عنه: تقييدُ الوضع في «الكتاب[3]»: إشارةٌ إلىٰ أن الدارَيْن إذا كانتا في مصرَيْن: لا تجتمعان في القسمة عندهما، وهو روايةُ هلالٍ[4] رحمه الله عنهما.

وعن محمد رحمه الله: أنه يَقسِمُ إحداهما في الأخرىٰ.

---

(١) للجهالة.

(٢) أي في التوكيل والتزويج. البناية ١٤/١٥٥.

(٣) أي مختصر القدوري. البناية ١٣/١٥٦.

(٤) هلال بن يحيىٰ البصري، ويُقال له: هلال الرأي: لسعة علمه، وقد أخذ هلالٌ عن أبي يوسف وزفر، له: أحكام الوقف، ت ٢٤٥هـ. تاج التراجم ص٣١٢.

وإن كانت داراً وضَيْعةً، أو داراً وحانوتاً: قُسِمَ كلُّ واحدٍ منهما علىٰ حِدَةٍ.

والبيوتُ في مَحَلَّةٍ أو مَحَالٍّ: تُقسَمُ قسمةً واحدةً؛ لأن التفاوتَ فيما بينها يسيرٌ.

والمَنازلُ المتلازِقةُ: كالبيوت، والمتباينةُ: كالدُّوْر؛ لأنه[1] بين الدار والبيتِ، علىٰ ما مرَّ من قبل[2]، فأَخَذَ شَبَهاً من كلٍّ واحدٍ.

قال: (وإن كانت داراً وضَيْعةً، أو داراً وحانوتاً: قَسَمَ[3] كلَّ واحدٍ منهما علىٰ حِدَةٍ)؛ لاختلاف الجنس.

قال رضي الله عنه: جَعَلَ الدارَ والحانوتَ جنسَيْن.

وكذا ذَكَرَ الخصَّافُ رحمه الله.

وقال في إجارات «الأصل»: إن إجارةَ منافعِ الدار بالحانوت: لا تجوز.

وهذا يدلُّ علىٰ أنهما جنسٌ واحدٌ، فيُجعَلُ في المسألة روايتان، أو تُبنىٰ حُرْمةُ الربا هنالك[4] علىٰ شُبهة المجانَسَة[5]، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي المنزل. البناية ١٤/١٥٦.

(٢) في باب الحقوق في البيوع.

(٣) وضُبطت في نُسخ: قُسِمَ.

(٤) أي في الإجارة.

(٥) لأن الحانوت والدار جنس واحدٌ.

فصلٌ
في كيفية القسمة

وينبغي للقاسِمِ أن يُصوِّرَ ما يَقسِمُه، ويُعدِّلَه، ويَذرَعَه، ويُقوِّمَ البناءَ.

ويُفرِزَ كلَّ نصيبٍ عن الباقي بطريقِه وشِرْبِه؛ حتىٰ لا يكونَ لنصيب بعضِهم تعلُّقٌ بنصيب البعض.

فصلٌ
في كيفية القسمة

قال: (وينبغي للقاسِمِ أن يُصوِّرَ ما يَقسِمُه)؛ ليُمْكنَه حفظُه.

(ويُعدِّلَه)، يعني يُسوِّيه علىٰ سهام القسمة.

ويُروىٰ[1]: يَعزِلَه: أي يَقطعُه بالقسمة عن غيره.

(ويَذرَعَه)؛ ليعرِفَ قَدْرَه.

(ويُقوِّمَ البناءَ)؛ لحاجته إليه في الآخِرة.

قال: (ويُفرِزَ كلَّ نصيبٍ عن الباقي بطريقِه وشِرْبِه؛ حتىٰ لا يكونَ لنصيب بعضِهم تعلُّقٌ بنصيب البعض)، فتنقطعُ المنازعةُ، ويتحقَّقُ معنىٰ القسمة علىٰ التمام.

---

(١) أي في بعض نُسخ القدوري. البناية ١٤/١٥٩.

ثم يُلَقِّبُ نصيباً : بالأول، والذي يليه : بالثاني، والثالثُ علىٰ هذا، ثم يُخرِجُ القُرْعةَ، فمَن خَرَجَ اسمُه أوَّلاً : فله السهمُ الأول، ومَن خَرَجَ ثانياً : فله السهمُ الثاني.

ولا يُدخِلُ في القسمة الدراهمَ والدنانيرَ إلا بتراضيهم.

قال: (ثم يُلَقِّبُ نصيباً: بالأول، والذي يليه: بالثاني، والثالثُ علىٰ هذا، ثم يُخرِجُ القُرْعةَ، فمَن خَرَجَ اسمُه أوَّلاً: فله السهمُ الأولُ، ومَن خَرَجَ ثانياً: فله السهمُ الثاني).

والأصلُ: أن يَنظرَ في ذلك إلىٰ أقلِّ الأنصباء، حتىٰ إذا كان الأقلُّ ثُلُثاً: جَعَلَها أثلاثاً، وإن كان سُدُساً: جَعَلَها أسداساً؛ ليُمكنَه القسمةُ، وقد شَرَحْناه مُشبَعاً في «كفاية المنتهي»، بتوفيق الله تعالىٰ.

وقولُه في «الكتاب[1]»: ويُفرزُ كلَّ نصيبٍ بطريقِه وشِربِه: بيانُ الأفضل، فإن لم يفعل، أو لم يُمكِن: جاز، علىٰ ما نذكرُه بتفصيله إن شاء الله تعالىٰ.

والقُرعَةُ: لتطييب القلوبِ، وإزاحةِ تُهمةِ المَيْل، حتىٰ لو عَيَّنَ لكلِّ واحدٍ منهم نصيباً من غير إقراعٍ: جاز؛ لأنه في معنىٰ القضاء، فيملِكُ الإلزامَ.

قال: (ولا يُدخِلُ في القسمة الدراهمَ والدنانيرَ إلا بتراضيهم)؛ لأنه لا شركةَ في الدراهم، والقسمةُ من حقوقِ الاشتراك.

---

(١) أي مختصر القدوري. البناية ١٤/١٦١.

. . . .

ولأنه يفوتُ به التعديلُ في القسمة؛ لأن أحدَهما يَصِلُ[(١)] إلىٰ عَيْنِ العقار، ودراهمُ الآخَر في ذمته، ولعلها لا تُسلَّمُ له.

وإذا كان أرضٌ وبناءٌ[(٢)]: فعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يَقسِمُ كلَّ ذلك علىٰ اعتبار القيمة؛ لأنه لا يُمكنُ اعتبارُ المعادلة إلا بالتقويم.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يَقسِمُ الأرضَ بالمساحة؛ لأنه هو الأصلُ في الممسوحات، ثم يَرُدُّ مَن وَقَعَ البناءُ في نصيبه، أو مَن كان نصيبُه أجودَ: دراهمَ علىٰ الآخَر، حتىٰ يُساويَه، فيُدخِلُ الدراهمَ[(٣)] في القسمة ضرورةً، كالأخ لا ولايةَ له في[(٤)] المال، ثم يَملِكُ تسميةَ الصَّدَاقِ ضرورةَ التزويج.

وعن محمدٍ رحمه الله: أنه يَرُدُّ علىٰ شريكه بمقابلة البناءِ ما يساويه من العَرْصة.

وإذا بقيَ فضلٌ، ولا يُمكِنْ تحقيقُ التسويةُ، بأن كان لا تَفِي العَرْصةُ بقيمة البناء: فحينئذٍ يَرُدُّ الفضلَ دراهمَ؛ لأن الضرورةَ في هذا القَدْر، فلا يُترَكُ الأصلُ إلا لها[(٥)]، وهذا يوافِقُ روايةَ «الأصل».

---

(١) وفي نُسخة ١٠٣٨هـ كُتب فوقها: لا يصل. نُسَخ.

(٢) أي بين اثنين.

(٣) وفي نُسخ: فتَدخلُ الدراهمُ في القسمة ضرورةً.

(٤) وفي نُسخ: علىٰ.

(٥) أي للضرورة، وفي نُسخ: بها. أي بالضرورة.

فإن قَسَمَ بينهم، ولأحدِهم مَسِيلٌ في نصيبِ الآخَر، أو طريقٌ لم يُشترَطْ في القسمة: فإن أمكن صَرْفُ الطريقِ والمَسيلِ عنه: ليس له أن يَستطرِقَ ويُسيِّلَ في نصيبِ الآخَر.

وإن لم يُمكِنْ: فُسِخَتْ القسمةُ.

قال: (فإن قَسَمَ بينهم، ولأحدِهم مَسِيلٌ في نصيبِ الآخَر، أو طريقٌ لم يُشترَطْ في القسمة: فإن أمكن صَرْفُ الطريقِ والمَسيلِ عنه: ليس له أن يَستطرِقَ ويُسيِّلَ في نصيبِ الآخَر)؛ لأنه أمكَنَ تحقيقُ معنىٰ القسمة من غير ضرر.

(وإن لم يُمكِنْ: فُسِخَتْ القسمةُ)؛ لأن القسمةَ مختَلَّةٌ؛ لِمَا فيه من الضرر؛ لبقاء الاختلاط، فتُستأنَفُ.

بخلاف البيع، حيث لا يَفسدُ في هذه الصورة؛ لأن المقصودَ منه تملُّكُ العين، وأنه يجامِعُ تعذُّرَ الانتفاعِ في الحال، أما القسمةُ: لتكميل المنفعة، ولا يَتِمُّ ذلك إلا بالطريق.

ولو ذَكَرَ الحقوقَ في الوجه الأول: كذلك الجواب[1]؛ لأن معنىٰ القسمة: الإفرازُ والتمييزُ، وتمامُ ذلك بأن لا يَبقىٰ لكلٍّ واحدٍ تعلُّقٌ بنصيب الآخَر، وقد أَمكَنَ تحقيقُه بصَرْف الطريقِ والمَسيلِ إلىٰ غيره من غير ضررٍ، فيُصار إليه.

---

(١) أي ليس له أن يستطرق ويسيِّل في نصيب الآخر.

. . . .

بخلاف البيع إذا ذَكَرَ[١] فيه الحقوقَ، حيث يَدخلُ فيه ما كان له من الطريق والمَسِيل.

لأنه أمكن تحقيقُ معنىٰ البيع، وهو التمليكُ، مع بقاء هذا التعلُّق بمِلكِ غيرِه.

وفي الوجه الثاني: يَدخلُ فيها؛ لأن القسمةَ لتكميل المنفعة، وذلك بالطريق والمَسِيلِ، فيَدخُلُ عند التنصيص باعتباره، وفيها معنىٰ الإفرازِ، وذلك بانقطاع التعلُّق، علىٰ ما ذَكَرْنا، فباعتباره لا يدخلُ من غير تنصيص.

بخلاف الإجارة؛ حيثُ يَدخلُ فيها بدون التنصيص؛ لأن كلَّ المقصودِ: الانتفاعُ، وذلك لا يحصلُ إلا بإدخال الشِّرْب والطريقِ، فيدخلُ من غير ذِكْرٍ.

ولو اختلفوا في رَفْعِ الطريقِ بينهم في القسمة: إن كان يستقيمُ لكلِّ واحدٍ طريقٌ يَفتحُه في نصيبِه: قَسَمَ الحاكمُ من غيرِ طريقٍ تُرفَعُ[٢] لجماعتهم؛ لتحقُّق الإفرازِ بالكلية دونه.

وإن كان لا يستقيمُ ذلك: رَفَعَ طريقاً بين جماعتهم؛ ليتحقُّقَ تكميلُ المنفعةِ فيما وراء الطريق.

---

(١) وضُبطت في نُسخ بالمبني للمجهول: ذُكِرَ.

(٢) تُرفع: صفة للفظ: طريق. البناية ١٤/١٦٧.

وإذا كان سُفْلٌ لا عُلْوَ له، وعُلْوٌ لا سُفْلَ له، وسُفْلٌ له عُلْوٌ: قُوِّمَ كلُّ واحدٍ علىٰ حِدَتِه، وقُسِمَ بالقيمة، ولا مُعتبرَ بغير ذلك.

ولو اختلفوا في مقدار الطريق[1]: جُعِلَ[2] علىٰ عَرْضِ باب الدارِ وطُوْلِه؛ لأن الحاجةَ تندفعُ به.

والطريقُ علىٰ سهامهم[3]: كما كان قبلَ القسمة؛ لأن القسمةَ فيما وراءَ الطريقِ، لا فيه.

ولو شَرَطوا أن يكونَ الطريقُ بينهم[4] أثلاثاً: جاز وإن كان أصلُ الدارِ نصفين؛ لأن القسمةَ علىٰ التفاضل جائزةٌ بالتراضي.

قال: (وإذا كان سُفْلٌ لا عُلْوَ له[5]، وعُلْوٌ لا سُفْلَ له، وسُفْلٌ له عُلْوٌ: قُوِّمَ كلُّ واحدٍ علىٰ حِدَتِه، وقُسِمَ بالقيمة، ولا مُعتبرَ بغير ذلك).

قال رضي الله عنه: هذا عند محمد رحمه الله.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: يُقسَمُ بالذَّرْع.

لمحمدٍ رحمه الله: أن السُّفْلَ يَصلُحُ لِمَا لا يَصلُحُ له العِلْوُ، من اتخاذه

---

(١) أي في سعته وضِيْقه.

(٢) أي الطريق، وفي نُسخ: جَعَلَه.

(٣) أي يُترك الطريقُ علىٰ قدر سهام الشركاء كما كان قبل الانقسام. ويُحرَّر في واو قوله: والطريق: هل هي ابتدائية أم عطفٌ.

(٤) وفي نُسخ: بينهما.

(٥) وفي نُسخ: عليه.

. . . .

بئرَ ماءٍ أو سِرْداباً أو إصْطبلاً أو غيرَ ذلك[١]، فلا يتحقَّقُ التعديلُ إلا بالقيمة.

وهما يقولان: إن القسمةَ بالذَّرْع هي الأصلُ؛ لأن الشركةَ في المَذْروع، لا في القيمة، فيُصارُ إليه ما أمكن، والمراعَىٰ: التسويةُ في السكنىٰ، لا في المَرافِق.

ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمةِ بالذَّرْع: فقال أبو حنيفة رحمه الله: ذراعٌ من سُفْلٍ بذراعَيْن من عُلْوٍ.

وقال أبو يوسف رحمه الله: ذراعٌ بذراعٍ.

قيل: أجاب كلٌّ واحدٍ منهم[٢] علىٰ عادةِ أهلِ عَصْرِه، أو أهلِ بلده في تفضيل السُّفْل علىٰ العُلْو، واستوائهما، وتفضيلِ السُّفْل مرةً، والعُلْوِ أخرىٰ.

وقيل: هو اختلافٌ معنىً.

ووجهُ قولِ أبي حنيفة رحمه الله: أن منفعةَ السُّفْل تربو[٣] علىٰ منفعة العلو بضِعْفِه؛ لأنها تبقىٰ بعد فَواتِ العُلْو، ومنفعةَ العلوِ لا تبقىٰ بعد فَنَاءِ السُّفْل.

وكذا السفلُ: فيه منفعةُ البناءِ والسكنىٰ، وفي العلو: السكنىٰ، لا غيرَ، إذ لا يُمكنُه البناءُ علىٰ عُلْوه إلا برضا صاحبِ السفل، فيُعتبرُ ذراعان منه بذراعٍ من السفل.

---

(١) كبَالُوعةٍ. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٢) أي كلٌّ من أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله.

(٣) وفي نُسخ: تُربي. أي تزيد.

. . . .

ولأبي يوسف رحمه الله: أن المقصودَ أصلُ السكنىٰ، وهما يتساويان فيه، والمنفعتان متماثلتان؛ لأن لكلِّ واحدٍ منهما أن يفعلَ ما لا يُضِرُّ بالآخَر علىٰ أصله.

ولمحمدٍ رحمه الله: أن المنفعةَ تختلِفُ باختلاف الحَرِّ والبرد بالإضافة إليهما، فلا يُمكنُ التعديلُ إلا بالقيمة.

والفتوىٰ اليومَ علىٰ قولِ محمدٍ رحمه الله، وقولُه لا يَفتقِرُ إلىٰ التفسير.

وتفسيرُ قولِ أبي حنيفة رحمه الله في مسألة «الكتاب[1]»: أن يُجعَلَ بمقابلة مائةِ ذراعٍ من العُلْوِ المجرَّدِ: ثلاثةٌ وثلاثون وثلثُ ذراعٍ من البيت الكامل؛ لأن العلوَ مثلُ نصفِ السفل.

فثلاثةٌ وثلاثون وثلثٌ من السُّفْل: ستةٌ وستون وثلثان من العلو المجرَّدِ، ومعه ثلاثةٌ وثلاثونَ وثلثُ ذراعٍ من العلوِ، فبلغتْ مائةَ ذراعٍ تساوي مائةً من العلو المجرَّد.

ويُجعَلُ بمقابلة مائةِ ذراعٍ من السُّفْل المجرَّدِ من البيت الكاملِ: ستةٌ وستونَ وثُلُثَا ذراعٍ؛ لأن عُلْوَه مثلُ نصفِ سُفْلِه المجرَّد، فبلغت مائةَ ذراعٍ، كما ذكرنا، والسُّفْلُ المجرَّدُ: ستةٌ وستون وثلثان؛ لأنه ضِعفُ العُلْوِ، فيُجعَلُ بمقابلة مثلِه.

---

(١) أي مختصر القدوري. البناية ١٤/١٧٢.

وإذا اختلف المتقاسمون، وشَهِدَ القاسمان : قُبِلَتْ شهادتُهما .

وتفسيرُ قولِ أبي يوسف رحمه الله: أن يُجعَلَ بإزاء خمسين ذراعاً من البيت الكامل مائةُ ذراعٍ من السُّفْل المجرَّد، أو مائةُ ذراعٍ من العلو المجرَّد؛ لأن السُّفْلَ والعُلْوَ عنده سواءٌ، فخمسون ذراعاً من البيت الكامل: بمنزلة مائةِ ذراعٍ، خمسون منها سُفْلٌ، وخمسونَ منها عُلْوٌ.

قال: (وإذا اختلف المتقاسمون، وشَهِدَ القاسمان: قُبِلَتْ شهادتُهما).

قال رضي الله عنه: هذا الذي ذَكَرَه قولُ أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: لا تُقبَلُ، وهو قولُ أبي يوسف رحمه الله أوَّلاً، وبه قال الشافعيُّ[1] رحمه الله.

وذَكَرَ الخصَّافُ رحمه الله قولَ محمدٍ رحمه الله مع قولهما.

وقاسِمَا القاضي وغيرُهما: سواءٌ.

لمحمدٍ رحمه الله: أنهما شَهِدَا علىٰ فِعْلِ أنفسِهما، فلا تُقبَل، كمَن علَّق عِتْقَ عبدِه بفعل غيرِه، فشَهِدَ ذلك الغيرُ علىٰ فعله.

ولهما: أنهما شَهِدَا علىٰ فِعْلِ غيرهما، وهو الاستيفاءُ والقبضُ، لا علىٰ فِعْلِ أنفسِهما؛ لأن فِعْلَهما التميزُ، ولا حاجةَ إلىٰ الشهادة عليه؛ لاتفاق الخصوم عليه[2]، أو لأنه لا يصلحُ مشهوداً به؛ لِمَا أنه غيرُ لازمٍ.

---

(١) الأم ٦/ ٢٣٠، المهذب ٣/ ٤١١.

(٢) قوله: لاتفاق الخصوم عليه: مثبتٌ في نسخة ٩٨١هـ.

ولو شَهِدَ قاسِمٌ واحدٌ: لا تُقبَلُ.

وإنما يلزمُه بالقبض والاستيفاءِ، وهو فِعْلُ الغيرِ، فتُقبَلُ الشهادةُ عليه.

وقال الطحاوي رحمه الله: إذا قَسَمَا بأجرٍ: لا تُقبلُ الشهادةُ، بالإجماع.

وإليه مال بعضُ المشايخ رحمهم الله؛ لأنهما يدَّعيان إيفاءَ عملٍ استُؤجِرا عليه، فكانت شهادةً صورةً، ودعوىً معنىً، فلا تُقبل.

إلا أنا نقول: هما لا يَجُرَّان بهذه الشهادةِ إلىٰ أنفسهما مَغْنَماً؛ لاتفاق الخصومِ علىٰ إيفائهما العملَ المستأجَرَ عليه، وهو التمييزُ، وإنما الاختلافُ في الاستيفاء، فانتفتِ التُّهمة.

قال: (ولو شَهِدَ قاسِمٌ واحدٌ: لا تُقبَلُ)؛ لأن شهادةَ الفردِ غيرُ مقبولةٍ علىٰ الغير.

ولو أَمَرَ القاضي أمينَه بدفع المالِ إلىٰ آخَرَ: يُقبَلُ قولُ الأمينِ في دَفْعِ الضمان عن نفسِه، ولا يُقبَلُ في إلزام الآخَرِ إذا كان مُنكِراً، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

باب
دعوىٰ الغَلَطِ في القسمة، والاستحقاق فيها

وإذا ادَّعىٰ أحدُهم الغَلَطَ، وزَعَمَ أنَّ ممَّا أصابه شيئاً في يدِ صاحبِه، وقد أَشهَدَ علىٰ نفسِه بالاستيفاء: لم يُصَدَّقْ علىٰ ذلك إلا ببيِّنةٍ.

باب
دعوىٰ الغَلَطِ في القسمة، والاستحقاق فيها

قال: (وإذا ادَّعىٰ أحدُهم الغَلَطَ، وزَعَمَ أنَّ ممَّا أصابه شيئاً[1] في يدِ صاحبِه، وقد أَشهَدَ علىٰ نفسِه بالاستيفاء: لم يُصَدَّقْ علىٰ ذلك إلا ببيِّنةٍ)؛ لأنه يدَّعي فَسْخَ القسمةِ بعدَ وقوعِها، فلا يُصدَّقُ إلا بحُجَّةٍ.

فإن لم تَقُم له بينةٌ: استُحلِفَ الشركاءُ، فمَن نَكَلَ منهم: جُمِعَ بين نصيبِ النَّاكِلِ والمدعي، فيُقسَمُ بينهما علىٰ قَدْرِ أنصبائهما؛ لأن النكولَ حُجَّةٌ في حَقِّه خاصةً، فيُعامَلان علىٰ زُعْمِهما.

قال رضي الله عنه: ينبغي أن لا تُقبلَ دعواه أصلاً؛ لتناقضه، وإليه أشار مِن بعدُ.

---

(١) أي مجهولاً، و: شيئاً: بالنصب: اسمُ: أنَّ، وهو الوجه، وفي نُسخ: شيءٌ، ووجهُ الرفع: علىٰ لغة البعض، كما في قوله تعالىٰ: ﴿ إِنْ هَٰذَٰنِ لَسَٰحِرَٰنِ ﴾. البناية ١٤/١٧٦.

وإن قال: قد استوفيتُ حَقِّي، وأخذتَ بعضَه: فالقولُ قولُ خصمِه، مع يمينه.

وإن قال: أصابني إلىٰ موضعِ كذا، فلم تُسلِّمْه إليَّ، ولم يُشهِدْ علىٰ نفسِه بالاستيفاء، وكَذَّبه شريكُه: تحالفا، وفُسِختِ القسمةُ.

قال: (وإن قال: قد استوفيتُ حَقِّي، وأخذتَ بعضَه: فالقولُ قولُ خصمِه، مع يمينه)؛ لأنه يدَّعي عليه الغصبَ، وهو مُنكِرٌ.

قال: (وإن قال: أصابني إلىٰ موضعِ كذا، فلم تُسلِّمْه[١] إليَّ، ولم يُشهِدْ علىٰ نفسِه بالاستيفاء، وكَذَّبه شريكُه: تحالفا، وفُسِختِ القسمةُ)؛ لأن الاختلافَ: في مقدار ما حَصَلَ له بالقسمة، فصار نظيرَ الاختلافِ في مقدار المَبيع، علىٰ ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم[٢].

ولو اختلفا في التقويم: لم يُلتفَت إليه؛ لأنه دعوىٰ الغَبْن، ولا معتبرَ بها[٣] في البيع، فكذا في القسمةِ؛ لوجودِ التراضي.

إلا إذا كانتِ القسمةُ بقضاءِ القاضي، والغَبنُ فاحشٌ[٤]؛ لأن تصرُّفَه مقيَّدٌ بالعدل.

ولو اقتسما داراً، وأصاب كلُّ واحدٍ طائفةً، فادعىٰ أحدُهم بيتاً في يدِ

---

(١) وفي نُسخ بالياء: يُسلمه.

(٢) في كتاب الدعوى باب التحالف.

(٣) أي بدعوى الغبنِ، وفي نُسخ: به: علىٰ تأويل الادعاء. البناية ١٤/١٧٨.

(٤) فإذا ظهر الغبن الفاحش: ظهر أن القضاء كان بغير عدل. البناية ١٤/١٧٨.

. . . .

الآخَرَ أنه مما أصابه بالقسمة، وأنكر الآخَرُ: فعليه إقامةُ البينة؛ لِمَا قلنا.

وإن أقاما البينةَ: يُؤخَذُ ببيِّنةِ المدعي؛ لأنه خارجٌ، وبينةُ الخارج تترجَّحُ علىٰ بيِّنةِ ذي اليد.

وإن كان قبلَ الإشهادِ علىٰ القبض: تحالفا، وترادَّا.

وكذا إذا اختلفا في الحدود، وأقاما البينةَ: يُقضَىٰ لكلِّ واحدٍ بالجزء[1] الذي هو في يدِ صاحبه؛ لِمَا بيَّنَّا.

وإن قامتْ لأحدهما بيِّنةٌ: قُضِيَ بها له.

وإن لم تَقُمْ لواحدٍ منهما: تحالفا؛ كما في البيع، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) وفي نُسخ: بالحدِّ.

فصلٌ

وإذا استُحِقَّ بعضُ نصيبِ أحدِهما بعَيْنه : لم تُفسَخِ القسمةُ عند أبي حنيفة رحمه الله، ورَجَعَ بحصَّة ذلك في نصيبِ صاحبه .

وقال أبو يوسف رحمه الله : تُفسَخُ القسمةُ .

فصلٌ

في بيان الاستحقاق

قال: (وإذا استُحِقَّ بعضُ نصيبِ أحدِهما بعَيْنه: لم تُفسَخِ القسمةُ عند أبي حنيفة رحمه الله، ورَجَعَ بحصَّة ذلك في نصيبِ صاحبه[1].

وقال أبو يوسف رحمه الله: تُفسَخُ القسمةُ).

قال رضي الله عنه: ذَكَرَ الاختلافَ في استحقاق بعضٍ بعَيْنه، وهكذا ذَكَرَ في «الأسرار[2]»، والصحيحُ أن الاختلافَ في استحقاقِ بعضٍ شائعٍ من نصيبِ أحدِهما، فأما في استحقاقِ بعضٍ معيَّنٍ من نصيب أحدهما: لا تُفسَخُ القسمةُ، بالإجماع.

---

(١) وفي نُسخ: شريكه.

(٢) أي كما ذَكَرَه القدوري: ذَكَرَه أبو زيد الدبوسي في الأسرار، وهو عبيد الله بن عمر، ت٤٣٠هـ. تاج التراجم ص١٩٢، وينظر البناية ١٤/١٨٠، ومقدمة حاشية اللكنوي علىٰ الهداية ٣/٢ في ذِكْرِ انتقادٍ هنا موجَّهٍ لصنيع صاحب الهداية.

. . . .

ولو استُحِقَّ بعضٌ شائعٌ في الكلِّ: تُفسَخُ، بالاتفاق.

فهذه ثلاثةُ أوجهٍ.

ولم يَذكُرْ[١] قولَ محمدٍ رحمه الله، وذَكَرَه أبو سليمان[٢] مع أبي يوسف، وأبو حفصٍ[٣] مع أبي حنيفة رحمهم الله، وهو الأصح.

لأبي يوسف رحمه الله: أنَّ باستحقاق بعضٍ شائعٍ: ظَهَرَ شريكٌ ثالثٌ لهما، والقسمةُ بدون رضاه باطلةٌ، كما إذا استُحِقَّ بعضٌ شائعٌ في النصيبَيْن، وهذا لأنَّ باستحقاقِ جزءٍ شائعٍ: ينعدِمُ معنىٰ القسمة، وهو الإفرازُ؛ لأنه يوجِبُ الرجوعَ بحصته في نصيب الآخَرِ شائعاً، بخلاف المعَّين.

ولهما: أن معنىٰ الإفرازِ لا يَنعدِمُ باستحقاقِ جزءٍ شائعٍ في نصيب أحدِهما.

ولهذا جازتِ القسمةُ علىٰ هذا الوجه في الابتداء، بأن كان النصفُ المقدَّمُ مشتركاً بينهما وبين ثالثٍ، والنصفُ المؤخَّرُ بينهما لا شركةَ لغيرهما فيه، فاقتسما علىٰ أنَّ لأحدِهما ما لهما من المقدَّمِ، ورُبُعَ المؤخَّرِ: يجوزُ، فكذا في الانتهاء، وصار كاستحقاقِ شيءٍ معيَّنٍ.

---

(١) أي الإمامُ القدوريُّ.

(٢) لعله غالباً الجُوْزَجاني موسىٰ بن سليمان، تلميذ محمد بن الحسن، راوي كتاب الأصل عن محمد، توفي بعد ٢٠٠هـ.

(٣) لعله نجم الدين النسفي عمر بن محمد، ت٥٣٧هـ، صاحب المنظومة النسفية.

ولو وقعتِ القسمةُ، ثم ظَهَرَ في التَّرِكَة دَيْنٌ مُحيطٌ : رُدَّتِ القسمةُ.

بخلاف الشائع في النصيبَيْن؛ لأنه لو بقيتِ القسمةُ: لتضرَّر الثالثُ بتفرُّقِ نصيبه في النصيبَيْن، أما ها هنا: لا ضررَ بالمستَحِقِّ، فافترقا.

وصورةُ المسألة: إذا أَخذَ أحدُهما الثلثَ المقدَّمَ من الدار، والآخَرُ الثلثين من المؤخَّر، وقيمتُهما سواءٌ، ثم استُحِقَّ نصفُ المقدَّم:

فعندهما: إن شاء نَقَضَ القسمةَ؛ دفعاً لعيبِ التشقيص، وإن شاء رَجَعَ علىٰ صاحبه بربُعِ ما في يده من المؤخَّر؛ لأنه لو استُحِقَّ كلُّ المقدَّمِ: رَجَعَ بنصف ما في يده، فإذا استُحِقَّ النصفُ: رَجَعَ بنصف النصف، وهو الربعُ؛ اعتباراً للجزء بالكل.

ولو باع صاحبُ المقدَّمِ نصفَه، ثم استُحِقَّ النصفُ الباقي[1]: رَجَعَ بربُعِ ما في يدِ الآخَرِ عندهما؛ لِمَا ذكرنا، وسَقَطَ خيارُه ببيعِ البعض.

وعند أبي يوسف رحمه الله: ما في يدِ صاحبِه: بينهما نصفان، ويضمنُ قيمةَ نصفِ ما باع لصاحبه؛ لأن القسمةَ تنقلبُ فاسدةً عنده، والمقبوضُ بالعقد الفاسد: مملوكٌ، فنَفَذَ البيعُ فيه.

وهو مضمونٌ بالقيمة، فيَضمنُ نصفَ نصيبِ صاحبِه.

قال: (ولو وقعتِ القسمةُ، ثم ظَهَرَ في التَّرِكَة دَيْنٌ مُحيطٌ: رُدَّتِ القسمةُ)؛ لأنه يَمنعُ وقوعَ الملك للوارث.

---

(١) وفي طبعات الهداية القديمة: الباقي شائعاً.

. . . .

وكذا إذا كان غيرَ محيطٍ: لتعلُّق حَقِّ الغرماءِ بالتركة، إلا إذا بقيَ من التركة ما يَفِي بالدَّيْن وراءَ ما قُسِمَ؛ لأنه لا حاجةَ إلىٰ نَقْضِ القسمة في إيفاء حقِّهم.

ولو أبرأه الغرماءُ بعد القسمةِ، أو أدَّاه الورثةُ من مالهم، والدَّيْنُ محيطٌ أو غيرُ محيطٍ: جازتِ القسمةُ؛ لأن المانعَ قد زال.

ولو ادعىٰ أحدُ المتقاسمَيْن دَيْناً في التركة: صحَّ دعواه؛ لأنه لا تناقضَ في الدعوىٰ، إذِ الدَّيْنُ يتعلَّقُ بالمعنىٰ، والقسمةُ تصادِفُ الصورةَ.

ولو ادَّعىٰ عيناً بأيِّ سببٍ كان: لم يُسمَعْ؛ للتناقض، إذِ الإقدامُ علىٰ القسمة: اعترافٌ منه بكون المقسومِ مشتركاً، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

فصلٌ في المُهَايأة

المُهايأةُ: جائزةٌ؛ استحساناً.

فصلٌ في المُهَايأة

قال: (المُهايأةُ[1]: جائزةٌ؛ استحساناً)؛ للحاجةِ إليها[2]، إذْ قد يَتعذَّر الاجتماعُ علىٰ الانتفاعِ، فأشبه القسمةَ، ولهذا يجري فيها جَبْرُ القاضي، كما يجري في القسمةِ، إلا أن القسمةَ أقوىٰ منه في استكمالِ المنفعة؛ لأنه جَمْعُ المنافعِ في زمانٍ واحدٍ، والتهايؤ: جَمْعٌ علىٰ التعاقب.

ولهذا لو طَلَبَ أحدُ الشريكَيْن القسمةَ، والآخَرُ المهايأةَ: يَقسِمُ القاضي؛ لأنه أبلغُ في التكميل.

---

(١) المهايأة هي: مقاسمة المنافع بالتراضي بين الشركاء في العين التي لا تُقسم.

وهذا الفصل في المهايأة بكامله مما زاده المرغيناني علىٰ «بداية البداية» التي ألَّفها أولاً، وذلك حين شَرَحَ البداية في الهداية، ولذا لا تجده في بداية المبتدي ص٦٣٢، ولا في الجامع الصغير، ولا في القدوري، بل لا تجده في أغلب كُتب الحنفية، ومسائل هذا الفصل من مسائل الأصل لمحمد رحمه الله. البناية ١٤/١٨٧.

وقد جاء تمييز متن هذا الفصل، وبيان متن بداية المبتدي فيه: في نسخة ٩٥٦هـ، ونسخة ١٠١٩هـ، وكلٌّ منهما نسخةٌ نفيسةٌ، وجاء في نُسخٍ أخرىٰ أيضاً.

(٢) وفي نُسخ: إليه: أي إلىٰ فعل المهايأة، وقد توسع العيني في البناية ١٤/١٨٧ في ذكر أدلة جوازها من الكتاب والسنة والإجماع.

ولو وَقَعَتْ فيما يَحتمِلُ القسمةَ، ثم طَلَبَ أحدُهما القسمةَ: يَقسِمُ، وتَبطلُ المهايأةُ.

ولا يَبطلُ التهايؤ بموتِ أحدِهما، ولا بموتِهما.

ولو تهايآ في دارٍ واحدةٍ علىٰ أنْ يَسكُنَ هذا طائفةً، وهذا طائفةً، أو هذا عُلْوَها، وهذا سُفْلَها: جاز.

ولو تهايآ في عبدٍ واحدٍ علىٰ أن يَخدُمَ هذا يوماً، وهذا يوماً: جاز.

وكذا هذا في البيتِ الصغير.

قال: (ولو وَقَعَتْ فيما يَحتمِلُ القسمةَ، ثم طَلَبَ أحدُهما القسمةَ: يَقسِمُ، وتَبطلُ المهايأةُ)؛ لأنه أبلغُ.

قال: (ولا يَبطلُ التهايؤ بموتِ أحدِهما، ولا بموتِهما)؛ لأنه لو انتقض: لاستأنفه الحاكمُ، ولا فائدةَ في النَّقْض، ثم الاستئناف.

قال: (ولو تهايآ في دارٍ واحدةٍ علىٰ أنْ يَسكُنَ هذا طائفةً، وهذا طائفةً، أو هذا عُلْوَها، وهذا سُفْلَها: جاز)؛ لأن القسمةَ علىٰ هذا الوجه جائزةٌ، فكذا المهايأةُ.

والتهايؤُ في هذا الوجه: إفرازٌ لجميع الأنصباء، لا مبادلةٌ، ولهذا لا يُشترطُ فيه التأقيتُ، ولكلِّ واحدٍ أن يَستَغِلَّ ما أصابه بالمهايأة، شُرِطَ ذلك في العقد أو لم يُشترط؛ لحدوثِ المنافع علىٰ ملكِه.

قال: (ولو تهايآ في عبدٍ واحدٍ علىٰ أن يَخدُمَ هذا يوماً، وهذا يوماً: جاز.

وكذا هذا في البيتِ الصغير)؛ لأن المهايأةَ قد تكونُ في الزمان، وقد تكونُ من حيث المكانُ، والأولُ متعيِّنٌ ها هنا.

ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمانُ والمكانُ، في محَلٍّ يحتملُهما: يأمرُهما القاضي بأن يتَّفقا علىٰ شيءٍ.

ولو تهايآ في عبدَيْن علىٰ أن يَخدُمَ هذا هذا العبدُ، والآخَرَ الآخرُ: جاز عندهما.

وقيل: عند أبي حنيفة رحمه الله: لا يَقسِمُ القاضي، . . . .

قال: (ولو اختلفا في التهايؤ من حيثُ الزمانُ والمكانُ، في محَلٍّ يحتملُهما: يأمرُهما القاضي بأن يتَّفقا علىٰ شيءٍ)؛ لأن التهايؤَ في المكانِ أعدلُ، وفي الزمانِ أكملُ، فلمَّا اختلفت الجهةُ: لا بدَّ من الاتفاق.

فإن اختاراه من حيث الزمانُ: يُقرَعُ في البداية؛ نفياً للتُّهمة.

قال: (ولو تهايآ في عبدَيْن علىٰ أن يَخدُمَ هذا هذا العبدُ[1]، والآخَرَ الآخرُ: جاز عندهما).

لأن القسمةَ علىٰ هذا الوجهِ جائزةٌ عندهما؛ جَبْراً من القاضي، وبالتراضي، فكذا المهايأة.

(وقيل[2]: عند أبي حنيفة رحمه الله: لا يَقسِمُ القاضي.

---

(١) جملة: هذا العبد: فاعلٌ لقوله: يخدُم، فيكون مرفوعاً، و: هذا: الأول: مفعولُه، فيكون محلُّه النصبَ، وجملة: والآخرَ الآخرُ: بنصب الأول، ورفع الثاني، أي ويخدم الشريكَ الآخرَ العبدُ الآخرُ. البناية ١٤/١٩٢.

(٢) أي قال بعض المشايخ نظراً إلىٰ أصل الإمام من غير رواية عنه. حاشية اللكنوي ٢/٤٢٣.

وهكذا رُوي عنه.

ولو تهايآ فيهما علىٰ أنَّ نفقةَ كلِّ عبدٍ علىٰ مَن يأخذُه: جاز؛ استحساناً.

ولو تهايآ في دارَيْن علىٰ أنْ يَسكُنَ كلُّ واحدٍ منهما داراً: جاز، ويُجبِرُ القاضي عليه، وقيل: لا يُجبِرُ عنده؛ اعتباراً بالقسمة.

وهكذا رُوي عنه[1])؛ لأنه لا يجري فيه[2] الجَبْرُ عنده.

والأصح: أنه يَقسِمُ القاضي عنده أيضاً؛ لأن المنافعَ من حيث الخدمةُ قَلَّمَا تتفاوت.

بخلاف أعيانِ الرقيق؛ لأنها تتفاوتُ تفاوتاً فاحشاً، علىٰ ما تقدَّم.

قال: (ولو تهايآ فيهما علىٰ أنَّ نفقةَ كلِّ عبدٍ علىٰ مَن يأخذُه: جاز؛ استحساناً)؛ للمسامحةِ في إطعامِ المماليك، بخلاف شَرْطِ الكِسوةِ؛ لأنه لا تَسامَحَ فيها.

قال: (ولو تهايآ في دارَيْن علىٰ أنْ يَسكُنَ كلُّ واحدٍ منهما داراً: جاز، ويُجبِرُ القاضي عليه[3]).

وهذا[4] عندهما ظاهرٌ؛ لأن الدارين عندهما كدارٍ واحدةٍ.

(وقيل: لا يُجبِرُ عنده[5]؛ اعتباراً بالقسمة.

---

(١) أي روىٰ الخصاف عن أبي حنيفة أنه لا يقسم بمثل ما قيل عنه. البناية ١٤/١٩٢.

(٢) أي في القَسْم.

(٣) أي علىٰ التهايؤ.

(٤) وفي نُسخ: أما عندهما.

(٥) أي عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله.

وعن أبي حنيفة رحمه الله : أنه لا يجوزُ التهايؤ فيهما أصلاً بالجبر .

وفي الدَّابتَيْن : لا تجوزُ المهايأةُ علىٰ الركوب .

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا يجوزُ التهايؤ فيهما[(١)] أصلاً بالجبر)؛ لِمَا قلنا، وبالتراضي: لأنه بيعُ السكنىٰ بالسكنىٰ.

بخلاف قسمةِ رقبتِهما؛ لأن بيعَ بعضِ أحدِهما ببعضِ الآخَرِ: جائزٌ.

وجهُ الظاهر[(٢)]: أنَّ التفاوتَ يَقِلُّ في المنافع، فيجوزُ بالتراضي، ويجري فيه جَبْرُ القاضي، ويُعتبرُ فيه إفرازاً[(٣)].

أمَّا ما يكثرُ التفاوتُ في أعيانهما[(٤)]: فاعتُبر مبادلةً.

قال: (وفي الدَّابتَيْن: لا تجوزُ المهايأةُ علىٰ الركوب) عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: يجوز؛ اعتباراً بقسمة الأعيان.

---

(١) أي في الدارين، قال في البناية ١٩٣/٤: وفي أكثر النسخ: فيه: أي في سكنىٰ الدارين. قلت: والنسخ عندي هكذا وهكذا.

(٢) أي ظاهر الرواية لأبي حنيفة رحمه الله.

(٣) أي إفرازاً وتمييزاً.

(٤) هكذا كما أثبتُّ هو في نسخة ٩١٠هـ، وفي نُسخ: أما بكثرة التفاوت في أعيانهما، وفي نسخة ٩٥٦هـ: أما أن يكثر التفاوت في أعيانهما، وفي بعض طبعات الهداية: أما التفاوت فيكثر في أعيانهما، وفي نُسخ: أما يكثر التفاوت في أعيانهما: وعن هذا التعبير الأخير قال في البناية ١٩٤/١٤: هذا التركيب للجملة غير مرضيٍّ عند النُّحَاة، علىٰ ما لا يخفىٰ، والتقدير: أما التفاوت فيكثُرُ في الأعيان. اهـ.

والتهايؤ في الركوب في دابةٍ واحدةٍ : علىٰ هذا الخلاف .

وأما التهايؤ في الاستغلال : فيجوزُ في الدار الواحدة في ظاهر الرواية، وفي العبدِ الواحد، والدابةِ الواحدة : لا يجوز.

ولو زادتِ الغَلَّةُ في نَوْبة أحدِهما علىٰ غلَّتها في نَوْبة الآخَرِ : يشتركان في الزيادةِ.

وله: أن الاستعمالَ يتفاوتُ بتفاوُتِ الراكبَيْن، فإنهم بين حاذِقٍ وأَخْرَق[1].

قال: (والتهايؤ في الركوب في دابةٍ واحدةٍ: علىٰ هذا الخلاف)؛ لِمَا قلنا.

بخلاف العبد؛ لأنه يخدُمُ باختياره، فلا يَتحمَّلُ زيادةً علىٰ طاقته، والدابةُ تتحمَّلُها.

قال: (وأما التهايؤ في الاستغلال: فيجوزُ في الدار الواحدة في ظاهر الرواية، وفي العبدِ الواحد، والدابةِ الواحدة: لا يجوز).

ووجهُ الفرق: أن النصيبَيْن قد يتعاقبان في الاستيفاء، والاعتدالُ ثابتٌ في الحال، والظاهرُ بقاؤه في العقار، وتغيُّرُه في الحيوان؛ لتوالي أسبابِ التغيُّرِ عليه، فتفوتُ المعادلة.

قال: (ولو زادتِ الغَلَّةُ في نَوْبة أحدِهما علىٰ غلَّتها في نَوْبة الآخَرِ: يشتركان في الزيادةِ)؛ ليتحقَّقَ التعديلُ.

---

(١) الجاهل الأحمق. البناية ١٤/١٩٥، أي لا يحسن الركوب. حاشية نسخة ٧٩٧هـ.

والتهايؤُ علىٰ الاستغلالِ في الدارَيْن : جائزٌ أيضاً في ظاهر الرواية .
ولو فَضَلَتْ غلَّةُ أحدِهما : لا يشتركان فيه، بخلاف الدارِ الواحدة .
وكذا يجوزُ في العبدَيْن عندهما، ولا يجوزُ عنده .

بخلاف ما إذا كان التهايؤ علىٰ المنافع، فاستغلَّ أحدُهما في نَوْبته زيادةً؛ لأن التعديلَ فيما وَقَعَ عليه التهايؤُ حاصلٌ، وهو المنافعُ، فلا تَضرُّه زيادةُ الاستغلالِ من بعدُ.

قال: (والتهايؤُ علىٰ الاستغلالِ في الدارَيْن: جائزٌ أيضاً في ظاهر الرواية)؛ لِمَا بيَّنَّا.

قال: (ولو فَضَلَتْ غلَّةُ أحدِهما: لا يشتركان فيه، بخلاف الدارِ الواحدة)، والفَرْقُ: أنَّ في الدارَيْن معنىٰ التمييز، والإفرازُ راجِحٌ؛ لاتحاد زمانِ الاستيفاء، وفي الدارِ الواحدةِ يتعاقَبُ الوصولُ[١]، فاعتُبرُ قرضاً، وجُعِلَ كلُّ واحدٍ منهما في نَوْبته كالوكيل عن صاحبه، فلهذا يَرُدُّ عليه صاحبُه حصتَه من الفضل.

قال: (وكذا يجوزُ[٢] في العبدَيْن عندهما)؛ اعتباراً بالتهايؤ في المَنافع.

(ولا يجوزُ عنده[٣])؛ لأن التفاوتَ في أعيانِ الرقيق أكثرُ منه، من

---

(١) يعني يصل أحدهما إلىٰ الغلة قبل صاحبه، وذلك لا يكون إلا من قضية القسمة، فإذا كان كذلك: اعتُبر نصيبُ صاحبه من الغلة قرضاً، ويكون هو مستقرضاً. البناية ١٤/١٩٦.

(٢) أي يجوز التهايؤ علىٰ الاستغلال في العبدين.

(٣) أي عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله.

والتهايؤُ في الخدمةِ جُوِّزَ ضرورةً، ولا يجوزُ في الدَّابتَيْن.

ولو كان نخلٌ أو شجرٌ أو غَنَمٌ بين اثنين، فتهايآ علىٰ أن يأخذَ كلُّ واحدٍ منهما طائفةً يستثمرُها أو يرعاها، ويشربَ ألبانَها: لا يجوزُ.

حيث الزمانُ في العبدِ الواحد، فأَوْلىٰ أن يمتنعَ الجوازُ.

قال: (والتهايؤُ في الخدمةِ جُوِّزَ ضرورةً)، ولا ضرورةَ في الغلَّةِ؛ لإمكان قسمتِها؛ لكونها عيناً.

ولأن الظاهرَ هو التسامحُ في الخدمة، والاستقصاءُ في الاستغلال، فلا يَنْقاسان.

قال: (ولا يجوزُ[1] في الدَّابتَيْن) عنده، خلافاً لهما، والوجهُ ما بيَّنَّاه في الركوب.

قال: (ولو كان نخلٌ أو شجرٌ أو غَنَمٌ بين اثنين، فتهايآ علىٰ أن يأخذَ كلُّ واحدٍ منهما طائفةً يستثمرُها أو يرعاها، ويشربَ ألبانَها: لا يجوزُ).

لأن المهايأةَ في المنافع ضرورةَ أنها لا تبقىٰ، فتتعذَّرُ قسمتُها، وهذه أعيانٌ باقيةٌ تَرِدُ عليها القسمةُ عند حصولها.

والحِيْلةُ: أن يَبيعَ حصتَه من الآخَر، ثم يشتري كلَّها بعد مُضِيِّ نَوْبته، أو ينتفعَ باللبن بمقدارٍ معلومٍ استقراضاً لنصيبِ صاحبه، إذْ قَرْضُ المُشاعِ جائزٌ، والله أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي التهايؤ علىٰ الاستغلال في الدابتين.

كتاب المُزَارعة

قال أبو حنيفة رحمه الله: المُزَارَعةُ بالثُّلُثِ والرُّبُعِ: باطلةٌ.

وقالا: هي جائزةٌ.

كتاب المُزَارعة

قال: (قال أبو حنيفة رحمه الله: المُزَارَعةُ بالثُّلُثِ والرُّبُعِ: باطلةٌ).

اعلم أن المزارعةَ لغةً: مفاعَلَةٌ من الزَّرْع.

وفي الشريعة: هي عقدٌ علىٰ الزرعِ ببعضِ الخارج.

وهي فاسدةٌ عند أبي حنيفة رحمه الله.

(وقالا: هي جائزةٌ)؛ لِمَا رُوي أن النبي عليه الصلاة والسلام عامَلَ أهلَ خَيْبرَ علىٰ نصفِ ما يَخرُجُ من ثمرٍ أو زَرْعٍ[1].

ولأنه عَقْدُ شركةٍ بين المال والعمل، فيجوز؛ اعتباراً بالمضاربة؛ والجامعُ: دَفْعُ الحاجة، فإنَّ ذا المال قد لا يهتدي إلىٰ العمل، والقويَّ عليه قد لا يجدُ المالَ، فمَسَّتِ الحاجةُ إلىٰ انعقادِ هذا العقدِ بينهما.

بخلاف دَفْعِ الغَنَمِ والدَّجَاج ودُوْدِ القَزِّ معامَلَةً بنصف الزوائد؛ لأنه لا أثرَ هناك للعمل في تحصيلها، فلم تتحقَّقْ شركةً.

---

(١) صحيح البخاري (٢٣٢٨)، وصحيح مسلم (١٥٥١).

فإنْ سَقَىٰ الأرضَ، وكَرَبَها، ولم يَخرُجْ شيءٌ: فله أجرُ مثلِه.

وله: ما رُوي أنه عليه الصلاةُ والسلام نهىٰ عن المُخابَرَة[١]، وهي المزارعة.

ولأنه استئجارٌ ببعضِ ما يَخرجُ من عمله، فيكونُ في معنىٰ قَفِيزِ الطحَّان[٢].

ولأن الأجرَ مجهولٌ أو معدومٌ، وكلُّ ذلك مفسِدٌ.

ومعاملةُ النبيِّ عليه الصلاة والسلام أهلَ خيبرَ: كان خراجَ مقاسَمَةٍ، بطريق المَنِّ والصلحِ، وهو جائزٌ.

وإذا فَسَدَتْ عنده[٣]: (فإنْ سَقَىٰ الأرضَ، وكَرَبَها[٤]، ولم يَخرُجْ شيءٌ: فله أجرُ مثلِه)؛ لأنه في معنىٰ إجارةٍ فاسدةٍ.

وهذا إذا كان البَذْرُ من قِبَل صاحبِ الأرض.

---

(١) صحيح البخاري (٢٣٨١)، صحيح مسلم (١٥٣٦).

(٢) قفيز الطحان تقدَّم، وهو: أن يستأجر رجلاً ليطحن له حنطة معلومة بقفيزٍ من دقيقها، أي مكيالٍ معيَّنٍ منه، وقد ورد النهي عنه. ينظر البناية ٩/٣٦٠.

وينظر نهيه صلىٰ الله عليه وسلم عن قفيز الطحان في سنن الدارقطني (٢٩٨٥)، سنن البيهقي (١٠٨٥٤)، مسند أبي يعلىٰ (١٠٢٤)، كما في نصب الراية ٤/١٤٠، قال ابن حجر في الدراية ٢/١٩٠: وفي إسناده ضعف، لكنه في التلخيص الحبير ٣/٦٠ بعد أن تكلم في أحد رواته، نقل عن العلامة مغلطاي توثيقه، وكذلك عن ثقات ابن حبان، ومن هنا صحَّحه محقق مسند أبي يعلىٰ.

(٣) أي عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله.

(٤) أي قَلَبَها للحرث.

. . . .

وإن كان البَذْرُ من قِبَله: فعليه أجرُ مثلِ الأرض.

والخارجُ في الوجهَيْن: لصاحب البَذْر؛ لأنه نَمَاءُ مِلكِه، وللآخَرِ الأجرُ، كما فصَّلْنا.

إلا أن الفتوىٰ علىٰ قولِهما؛ لحاجة الناسِ إليها، ولظهور تعاملِ الأمة بها[1]، والقياسُ يُترَكُ بالتعامل، كما في الاستصناع.

[شروط صحة المزارعة:]

ثم المزارعةُ لصحتها علىٰ قولِ مَن يُجيزُها شروطٌ:

١ـ أحدُها: كونُ الأرضِ صالِحَةً للزراعة؛ لأن المقصودَ لا يحصل دونَه.

٢ـ والثاني: أن يكونَ ربُّ الأرضِ والمزارعُ من أهل العقد[2]، وهو لا يَختصَّ به[3]؛ لأن عقداً مَّا لا يصحُّ إلا من الأهل.

٣ـ والثالثُ: بيانُ المدة؛ لأنه عقدٌ علىٰ منافع الأرض، أو منافعِ العامل، والمدةُ هي المعيارُ لها؛ ليُعلَمَ بها.

٤ـ والرابعُ: بيانُ مَن عليه البَذْرُ؛ قطعاً للمنازعة، وإعلاماً للمعقود عليه، وهو منافعُ الأرضِ، أو منافعُ العامل.

---

(١) فصار إجماعاً. البناية ١٤/٢٠٨.

(٢) بأن يكون بالغاً عاقلاً قادراً علىٰ التصرفات.

(٣) أي بعقد المزارعة.

وهي عندهما علىٰ أربعة أوجهٍ : إن كانتِ الأرضُ والبَذْرُ لواحدٍ، والعملُ والبقرُ لواحدٍ : جازتِ المزارعة.

وإن كانتِ الأرضُ لواحدٍ، والعملُ والبقرُ والبَذْرُ لواحدٍ : جازت.

وإن كانتِ الأرضُ والبقرُ والبَذْرُ لواحدٍ، والعملُ من آخَرَ : جازت.

٥ـ والخامسُ: بيانُ نصيبِ مَن لا بَذْرَ من قِبَله؛ لأنه يستَحِقُّه عوضاً بالشرط، فلا بدَّ أن يكون معلوماً، وما لا يُعلَمُ: لا يُستَحَقُّ شَرْطاً بالعقد.

٦ـ والسادسُ: أن يُخَلِّيَ ربُّ الأرضِ بينَها وبينَ العامل، حتىٰ لو شُرِطَ عملُ ربِّ الأرض: يَفسدُ العقدُ؛ لفواتِ التخلية.

٧ـ والسابعُ: الشركةُ في الخارجِ بعد حصوله؛ لأنه يَنعقدُ شركةً في الانتهاء، فما يَقطعُ هذه الشركةَ: كان مفسداً للعقد.

٨ـ والثامنُ: بيانُ جنسِ البَذْرِ؛ ليصيرَ الأجرُ معلوماً.

[وجوه المزارعة :]

قال: (وهي عندهما علىٰ أربعة أوجهٍ: ١ـ إن كانتِ الأرضُ والبَذْرُ لواحدٍ، والعملُ والبقرُ لواحدٍ: جازتِ المزارعة)؛ لأن البَقَرَ آلةُ العمل فيه، فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيطَ بإبرةِ الخَيَّاط.

(٢ـ وإن كانتِ الأرضُ لواحدٍ، والعملُ والبقرُ والبَذْرُ لواحدٍ: جازت)؛ لأنه استئجارُ الأرضِ ببعضٍ معلومٍ من الخارج، فيجوزُ، كما إذا استأجرها بدراهمَ معلومةٍ.

(٣ـ وإن كانتِ الأرضُ والبقرُ والبَذْرُ لواحدٍ، والعملُ من آخَرَ: جازت)؛ لأنه استأجره للعمل بآلةِ المستأجِرِ، فصار كما إذا استأجر خياطاً

وإن كانتِ الأرضُ والبقرُ لواحدٍ: والبَذْرُ والعملُ لآخَرَ: فهي باطلةٌ.

ليخيطَ ثوبَه بإبرته، أو طيَّاناً ليُطيِّنَ بمَرِّه[1].

(٤ـ وإن كانتِ الأرضُ والبقرُ لواحدٍ، والبَذْرُ والعملُ لآخَرَ: فهي باطلةٌ)، وهذا الذي ذَكَرَه[2] ظاهرُ الرواية.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يجوزُ أيضاً؛ لأنه لو شَرَطَ البَذْرَ والبقرَ عليه: يجوزُ، فكذا إذا شَرَطَ وحدَه، وصار كجانب العامل[3].

وجهُ الظاهر: أن منفعةَ البقر ليست من جنسِ منفعة الأرض؛ لأن منفعةَ الأرضِ: قوةٌ في طَبْعِها يحصلُ بها النَّماءُ، ومنفعةُ البقر: صلاحيةٌ يُقامُ بها العملُ، كلُّ ذلك بخلق الله تعالىٰ[4]، فلم تتجانسا، فتعذَّر أن تُجعَلَ تابعةً لها.

بخلاف جانب العامل؛ لأنه تجانست المنفعتان، فجُعلتْ تابعةً لمنفعة العامل.

وها هنا وجهان آخَران، لم يَذكُرْهما[5]:

٥ـ أحدُهما: أن يكونَ البَذْرُ لأحدهما، والأرضُ والبقرُ والعملُ لآخَرَ: فإنه لا يجوزُ؛ لأنه يَتِمُّ شركةً بين البَذرِ والعملِ، ولم يَرِدْ به الشرعُ.

---

(١) أي المِسحاةُ، ويقال لها: المَجرَفة، يُجرف بها التراب.

(٢) أي الإمام القدوري. البناية ١٤/٢١٣.

(٣) أي إذا شرط البقر علىٰ العامل، أراد: أن البقر تبعٌ للأرض في هذه الصورة، كما هي تبعٌ للعامل إذا كانت من جانبه. البناية ١٤/٢١٣.

(٤) هذا ردٌّ علىٰ المعتزلة القائلين بأن الأفعال الاختيارية من الحيوان: منه. البناية ١٤/٢١٣.

(٥) أي الإمام القدوري رحمه الله. البناية ١٤/٢١٦.

ولا تصحُّ المزارعةُ إلا علىٰ مدةٍ معلومةٍ.

وأن يكونَ الخارجُ شائعاً بينهما.

فإن شَرَطَا لأحدِهما قُفْزاناً مُسمَّاةً: فهي باطلةٌ.

٦ـ والثاني: أن يَجمعَ بين البَذْرِ والبقر: وأنه لا يجوز أيضاً؛ لأنه لا يجوزُ عند الانفراد، فكذا عند الاجتماع.

والخارجُ في الوجهَيْن: لصاحب البَذْرِ في روايةٍ؛ اعتباراً بسائر المزارعات الفاسدة.

وفي روايةٍ: لصاحب الأرض، ويَصيرُ مستقرِضاً للبَذْر، قابضاً له؛ لاتصاله بأرضه.

قال: (ولا تصحُّ المزارعةُ إلا علىٰ مدةٍ معلومةٍ)؛ لِمَا بيَّنَّا.

(وأن يكونَ الخارجُ شائعاً بينهما)؛ تحقيقاً لمعنىٰ الشركة.

(فإن شَرَطَا لأحدِهما قُفْزاناً مُسمَّاةً: فهي باطلةٌ)؛ لأنَّ به قد تنقطعُ الشركةُ؛ لأن الأرضَ عساها لا تُخرِجُ إلا هذا القَدْرَ، فصار كاشتراط دراهمَ معدودةٍ لأحدِهما في المضاربة.

وكذا[1] إذا شَرَطَا أن يَرفعَ صاحبُ البَذْرِ بَذْرَه، ويكونُ الباقي بينهما نصفين؛ لأنه يؤدي إلىٰ قَطْعِ الشركةِ في بعضٍ معيَّنٍ، أو في جميعِه، بأن لم تُخرِجِ الأرضُ إلا قَدْرُ البَذْر، فصار كما إذا شَرَطَا رَفْعَ الخراجِ والأرضُ خراجيةٌ، وأن يكونَ الباقي بينهما؛ لأنه معيَّنٌ.

---

(١) أي لا تجوز.

وكذلك إذا شَرَطَا ما علىٰ المَاذِيَانات والسَّواقي.

وكذا إذا شُرِطَ لأحدِهما التِّبْنُ، وللآخَرِ الحَبُّ.

بخلاف ما إذا شَرَطَ صاحبُ البَذْر عُشرَ الخارج لنفسه، أو للآخَر، والباقي بينهما؛ لأنه معيَّنٌ مُشاعٌ، فلا يؤدِّي إلىٰ قَطْعِ الشركة، كما إذا شَرَطَا رَفْعَ العُشر، وقسمةَ الباقي بينهما والأرضُ عُشريةٌ.

قال: (وكذلك[١] إذا شَرَطَا ما علىٰ المَاذِيَانات[٢] والسَّواقي).

معناه: لأحدِهما؛ لأنه إذا شُرِطَ لأحدِهما زَرْعُ موضعٍ معيَّنٍ: أفضىٰ ذلك إلىٰ قَطْعِ الشركة؛ لأنه لعله لا يَخرجُ إلا من ذلك الموضع.

وعلىٰ هذا[٣]: إذا شُرِطَ لأحدهما ما يَخرجُ من ناحيةٍ معيَّنةٍ، ولآخَرَ ما يَخرجُ من ناحيةٍ أخرىٰ.

قال: (وكذا[٤] إذا شُرِطَ[٥] لأحدِهما التِّبْنُ، وللآخَرِ الحَبُّ)؛ لأنه عسىٰ

---

(١) أي لا تجوز المزارعة.

(٢) جمع: ماذِيان، وهو أصغر من النهر، وأعظم من الجدول. البناية ١٤/٢١٨.

وقد ضُبط حرف الذال في لفظ: الماذيانات: بالكسر في النسخ الخطية للهداية ونُسخ القدوري، وكذلك في شرح النووي علىٰ مسلم ١٠/١٩٨، وفتح الباري ١/١٨٧، وغيرهما من الشروح، ويجوز فتحها، وأما الميداني في اللباب في شرح الكتاب ٣/٥٧٠ فضبطه بالحروف قائلاً: بفتح الميم، وسكون الذال. اهـ، والله أعلم.

(٣) أي علىٰ ما ذكرنا من عدم الجواز.

(٤) أي لا يصح.

(٥) وفي نُسخ ضُبِط هذا الفعل بالمبني للمعلوم، مع الانتباه إلىٰ تغيُّر ضبط متعلقاته.

. . . .

أن تُصيبَه آفةٌ، فلا ينعقدُ الحَبُّ، ولا يَخرجُ إلا التِّبْنُ.

وكذا[1] إذا شَرَطَا التِّبْنَ نصفَيْن، والحَبَّ لأحدِهما بعينِه؛ لأنه يؤدي إلىٰ قَطْعِ الشركة فيما هو المقصودُ، وهو الحبُّ.

ولو شَرَطَا الحَبَّ نصفَيْن، ولم يتعرَّضا للتِّبْن: صحَّت؛ لاشتراطهما الشركةَ فيما هو المقصود.

ثم التِّبْنُ يكونُ لصاحبِ البَذْر؛ لأنه نَمَاءُ بَذْرِه، وفي حقِّه لا يُحتاجُ إلىٰ الشرط، والمفسِدُ هو الشرطُ، وهذا مسكوتٌ عنه[2].

وقال مشايخُ بَلْخٍ رحمهم الله: التِّبْنُ بينهما أيضاً؛ اعتباراً للعُرْف فيما لم يَنصَّ عليه المتعاقدان.

ولأنه تَبَعٌ للحَبِّ، والتَّبَعُ يَقومُ بشرط الأصل.

ولو شَرَطَا الحَبَّ نصفَيْن، والتبنَ لصاحب البَذْر: صحَّت؛ لأنه حكمُ العقد.

وإن شَرَطَا التبنَ للآخَر: فَسَدَت؛ لأنه شَرْطٌ يؤدي إلىٰ قَطْعِ الشركة، بأن لا يَخرجَ إلا التبنُ، واستحقاقُ غيرِ صاحب البَذْر: بالشرط.

---

(١) أي لا يجوز.

(٢) وفي نُسخ: سكوتٌ، وصحَّح في البناية ١٤/٢١٩ لفظ: مسكوت، وأشار إلىٰ النُّسخ، والمراد: أن الشرط الفاسدَ سكت عنه ها هنا لأنهما سكتا عنه، والسكوت عنه: لا يُفسد، وإنما المفسد: ذِكْرُه.

وإذا صحَّتِ المزارعةُ: فالخارجُ علىٰ الشرط.

وإن لم تُخرِجِ الأرضُ شيئاً: فلا شيءَ للعامل.

وإذا فَسَدَتْ: فالخارجُ لصاحب البَذْر.

ولو كان البَذْرُ من قِبَل ربِّ الأرض: فللعامل أجرُ مِثلِه، لا يُزادُ علىٰ مقدار ما شُرِطَ له من الخارج.

قال: (وإذا صحَّتِ المزارعةُ: فالخارجُ علىٰ الشرط)؛ لصحة الالتزام.

(وإن لم تُخرِجِ الأرضُ شيئاً: فلا شيءَ للعامل)؛ لأنه يستحقُّه شركةً، ولا شركةَ في غير الخارج.

وإن كانت إجارةً، فالأجرُ مسمّىً، فلا يستحقُّ غيرَه.

بخلاف ما إذا فسدت؛ لأن أجرَ المثل في الذمة، ولا تفوتُ الذمة بعدم الخارج.

قال: (وإذا فَسَدَتْ: فالخارجُ لصاحب البَذْر)؛ لأنه نماءُ ملكِه، واستحقاقُ الآخَر[1]: بالتسمية، وقد فسدت، فبقيَ النماءُ كلُّه لصاحب البَذْر.

قال: (ولو كان البَذْرُ من قِبَل ربِّ الأرض: فللعامل أجرُ مِثلِه، لا يُزادُ علىٰ مقدار ما شُرِطَ له من الخارج)؛ لأنه رضِيَ بسقوط الزيادة، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

---

(١) وفي نُسخ: الأجر.

وقال محمدٌ رحمه الله : له أجرُ مِثْلِه بالغاً ما بَلَغ .

وإن كان البَذْرُ من قِبَل العاملِ : فلصاحب الأرض أجرُ مِثْلِ أرضِه .

وإذا استَحَقَ ربُّ الأرضِ الخارجَ لبَذْرِه في المزارعة الفاسدةِ : طاب له جميعُه .

وإن استحقَّه العاملُ : أَخَذَ قَدْرَ بَذْره، وأَخَذَ قَدْرَ أجرِ الأرضِ، وتصدَّقَ بالفضل .

(وقال محمدٌ رحمه الله: له أجرُ مِثْلِه بالغاً ما بَلَغ)؛ لأنه استوفىٰ منافعَه بعقدٍ فاسدٍ، فتجبُ عليه قيمتُها، إذ لا مِثلَ لها، وقد مرَّ في الإجارات.

قال: (وإن كان البَذْرُ من قِبَل العاملِ: فلصاحب الأرض أجرُ مِثْلِ أرضِه)؛ لأنه استوفىٰ منافعَ الأرضِ بعقدٍ فاسدٍ، فيجبُ ردُّها وقد تعذَّر، ولا مثلَ لها، فيجبُ ردُّ قيمتِها.

وهل يُزادُ علىٰ ما شُرِطَ له من الخارج؟

فهو علىٰ الخلاف الذي ذكرناه.

ولو جُمِعَ بين الأرضِ والبقرِ حتىٰ فسدتِ المزارعةُ: فعلىٰ العاملِ أجرُ مثلِ الأرض والبقرِ، هو الصحيحُ؛ لأنَّ له مَدخلاً في الإجارة، وهي إجارةٌ معنىً.

قال: (وإذا استَحَقَ ربُّ الأرضِ الخارجَ لبَذْرِه في المزارعة الفاسدةِ: طاب له جميعُه)؛ لأن النماءَ حَصَلَ في أرضٍ مملوكةٍ له.

قال: (وإن استحقَّه العاملُ: أَخَذَ قَدْرَ بَذْره، وأَخَذَ قَدْرَ أجرِ الأرضِ، وتصدَّقَ بالفضل)؛ لأن النماءَ يحصلُ من البَذْر، ويَخرجُ من الأرض، وفسادُ الملكِ في منافعِ الأرض: أوجبَ خُبْثاً فيه، فما سَلِمَ له بعوضٍ:

وإذا عُقِدَتِ المزارعةُ، فامتنع صاحبُ البَذْر من العمل : لم يُجبَرْ عليه .

وإن امتنع الذي ليس من قِبَلِه البَذْرُ : أجبره الحاكمُ علىٰ العمل .

ولو امتنع ربُّ الأرضِ، والبَذْرُ من قِبَلِه، وقد كَرَبَ المزارعُ الأرضَ : فلا شيءَ له في عمل الكِرَاب .

وإذا مات أحدُ المتعاقدَيْن : بطَلَتِ المزارعةُ .

طاب له، وما لا عوضَ له: تصدَّق به.

قال: (وإذا عُقِدَتِ المزارعةُ، فامتنع صاحبُ البَذْر من العمل: لم يُجبَرْ عليه)؛ لأنه لا يُمكنُه المضيُّ في العقد إلا بضررٍ يلزَمُه، فصار كما إذا استأجر أجيراً ليهدِمِ دارَه.

قال: (وإن امتنع الذي ليس من قِبَلِه البَذْرُ: أجبره الحاكمُ علىٰ العمل)؛ لأنه لا يلحقُه بالوفاء بالعقد ضررٌ، والعقدُ لازمٌ بمنزلة الإجارة، إلا إذا كان عذراً تُفسَخُ به الإجارةُ، فتُفسخُ به المزارعة.

قال: (ولو امتنع ربُّ الأرضِ، والبَذْرُ من قِبَلِه، وقد كَرَبَ[1] المزارعُ الأرضَ: فلا شيءَ له في عمل الكِرَاب).

قيل: هذا في الحُكْم، فأما فيما بينه وبين الله تعالىٰ: يلزمُه استرضاءُ العامل؛ لأنه غَرَّه في ذلك.

قال: (وإذا مات أحدُ المتعاقدَيْن: بطَلَتِ المزارعةُ)؛ اعتباراً بالإجارة، وقد مرَّ الوجهُ في الإجارات.

---

(١) أي قَلَبَها للحرث.

وإذا فُسِخَتِ المزارعةُ بدَيْنٍ فادِحٍ لَحِقَ صاحبَ الأرض، فاحتاج إلىٰ بيعِها: جاز.

فلو كان دَفَعَها ثلاثَ سنينَ[1]، فلَمَّا نَبَتَ الزرعُ في السَّنَة الأُولىٰ، ولم يَستحصِدِ الزرعُ[2] حتىٰ مات ربُّ الأرضِ: تَرَكَ الأرضَ[3] في يد المزارِعِ حتىٰ يَستحصِدَ الزرعُ، ويُقسَمُ علىٰ الشرط.

وتنتقضُ المزارعةُ فيما بقيَ من السنتَيْن؛ لأن في إبقاءِ العقدِ في السَّنَة الأُولىٰ: مراعاةً للحقَّيْن، بخلاف السنةِ الثانية والثالثة؛ لأنه ليس فيه ضررٌ بالعامل، فيُحافَظُ فيهما[4] علىٰ القياس.

ولو مات ربُّ الأرض قبل الزراعةِ بعدَ ما كَرَبَ الأرضَ، وحَفَرَ الأنهارَ: انتقضتِ المزارعةُ؛ لأنه ليس فيه إبطالُ مالٍ علىٰ المزارع.

ولا شيءَ للعامل بمقابلة ما عَمِلَ؛ لِمَا نبيِّنُه إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (وإذا فُسِخَتِ المزارعةُ بدَيْنٍ فادِحٍ لَحِقَ صاحبَ الأرض، فاحتاج إلىٰ بيعِها: جاز)؛ كما في الإجارة.

---

(١) أي مدة ثلاث سنين. البناية ١٤/٢٢٥.

(٢) أي لم يأت وقت حصاده.

(٣) وفي نُسخ: الزرع.

(٤) أي في السنة الثانية والثالثة. هكذا: فيهما: في طبعات الهداية القديمة، وجاء في النسخ الخطية: فيها.

وليس للعامل أن يُطالِبَه بما كَرَبَ الأرضَ، وحَفَرَ الأنهارَ بشيءٍ.

وإذا انقضتْ مدةُ المزارعةِ، والزرعُ لم يُدرِكْ: كان علىٰ المزارع أجرُ مِثلِ نصيبِه من الأرض إلىٰ أن يَستَحْصِدَ الزرعُ، والنفقةُ علىٰ الزرع: عليهما، علىٰ مقدار حقوقِهما.

قال: (وليس للعامل أن يُطالِبَه بما كَرَبَ الأرضَ، وحَفَرَ الأنهارَ بشيءٍ)؛ لأن المنافعَ إنما تتقوَّمُ بالعقد، وهو[1] إنما قُوِّمَ بالخارج، فإذا انعدم الخارجُ لم يجبْ شيءٌ.

ولو نَبَتَ الزرعُ، ولم يَستَحْصِد: لم تُبَعِ الأرضُ في الدَّيْن حتىٰ يَستَحْصِدَ الزرعُ؛ لأن في البيع إبطالَ حقِّ المزارع، والتأخيرُ أهونُ من الإبطال.

ويُخرِجُه القاضي من الحَبْس إن كان حَبَسَه بالدَّيْن؛ لأنه لَمَّا امتنع بيعُ الأرض: لم يكن هو ظالماً، والحَبْسُ جزاءُ الظلم.

قال: (وإذا انقضتْ مدةُ المزارعةِ، والزرعُ لم يُدرِكْ: كان علىٰ المزارع أجرُ مِثلِ نصيبِه من الأرض إلىٰ أن يَستَحْصِدَ الزرعُ، والنفقةُ علىٰ الزرع: عليهما، علىٰ مقدار حقوقِهما)، معناه حتىٰ يَستحصِدَ؛ لأن في تبقيةِ الزرع بأجر المثل: تعديلَ النظرِ من الجانبَيْن، فيُصارُ إليه.

وإنما كان العملُ عليهما: لأن العقدَ قد انتهىٰ بانتهاء المدة، وهذا عملٌ في المال المشترَك.

وهذا بخلاف ما إذا مات ربُّ الأرض، والزرعُ بَقْلٌ، حيثُ يكون العملُ فيه علىٰ العامل؛ لأن هناك بقَّيْنا العقدَ في مدته، والعقدُ يستدعي العملَ

---

(١) أي العقد فيما نحن فيه. البناية ١٤/٢٢٧.

. . . .

علىٰ العامل، أما ها هنا: العقدُ قد انتهىٰ، فلم يكن في هذا إبقاءَ ذلك العقد، فلم يختَصَّ العاملُ بوجوب العملِ عليه.

فإن أنفق أحدُهما بغير إذنِ صاحبِه، وأَمْرِ القاضي: فهو متطوِّعٌ؛ لأنه لا ولايةَ له عليه.

ولو أراد ربُّ الأرضِ أن يأخذَ الزرعَ بَقْلاً: لم يكن له ذلك؛ لِمَا فيه من الإضرارِ بالمُزارِع.

ولو أراد المُزارِعُ أن يأخذَه بَقْلاً: قيل لصاحبِ الأرض: اِقلَعِ الزرعَ، فيكونُ بينكما، أو أَعطِهِ قيمةَ نصيبِه، أو أنفِقْ أنتَ علىٰ الزرع، وارجِعْ بما تُنفِقُه في حصته؛ لأن المزارعَ لَمَّا امتنع من العمل: لا يُجبَرُ عليه؛ لأن إبقاءَ العقدِ بعد وجودِ المُنْهِيْ: نَظَرٌ له، وقد تَرَكَ النظرَ لنفسه.

وربُّ الأرض مخيَّرٌ بين هذه الخيارات؛ لأن بكل ذلك يَستدفِعُ الضررَ عن نفسه.

ولو مات المزارعُ بعد نبات الزرع، فقالت ورثتُه: نحن نعملُ إلىٰ أن يَستَحصِدَ الزرعُ، وأبىٰ ربُّ الأرضِ: فلهم ذلك؛ لأنه لا ضررَ علىٰ ربِّ الأرض.

ولا أجرَ لهم بما عملوا؛ لأنَّا بقَّيْنا العقدَ؛ نظراً لهم.

فإن أرادوا قَلْعَ الزرع: لم يُجبَروا علىٰ العمل؛ لِمَا بيَّنَّا، والمالكُ علىٰ الخيارات الثلاثة؛ علىٰ ما بيَّنَّا.

وكذلك أجرةُ الحَصَادِ والرِّفاعِ والدِّياسِ والتَّذْرية : عليهما بالحِصَص، فإن شَرَطَاه في المزارعة علىٰ العامل : فَسَدَتْ.

وعن أبي يوسف رحمه الله : أنه يجوزُ إذا شُرِطَ ذلك علىٰ العامل.

قال: (وكذلك أجرةُ الحَصَادِ والرِّفاعِ والدِّياسِ والتَّذْرية: عليهما بالحِصَص، فإن شَرَطَاه في المزارعة علىٰ العامل: فَسَدَتْ).

وهذا الحُكمُ ليس يَختَصُّ بما ذَكَرَنا من الصورة، وهو انقضاءُ المدةِ، والزرعُ لم يُدرِكْ، بل هو عامٌّ في جميع المزارعات.

ووجهُ ذلك: أن العقدَ يتناهىٰ بتناهي الزرع؛ لحصول المقصود، فيبقىٰ مالٌ مشترَكٌ بينهما ولا عقدَ، فتجبُ مؤنتُه عليهما.

وإذا شُرِطَ في العقد ذلك، ولا يقتضيه، وفيه منفعةٌ لأحدهما: يَفسدُ العقدُ، كشرط الحَمْلِ أو الطَّحْن علىٰ العامل.

(وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يجوزُ إذا شُرِطَ ذلك علىٰ العامل)؛ للتعامل؛ اعتباراً بالاستصناع، وهو اختيار مشايخِ بَلْخ رحمهم الله.

قال الشيخ شمسُ الأئمة السرخسي: هذا هو الأصحُّ في ديارنا.

فالحاصل: أنَّ ما كان من عملٍ قبلَ الإدراك، كالسَّقْي والحفظ: فهو علىٰ العامل، وما كان منه بعدَ الإدراك، قبل القسمة: فهو عليهما، في ظاهر الرواية، كالحَصَاد والدِّيَاس وأشباههما، علىٰ ما بيَّنَّاه، وما كان بعد القسمة: فهو عليهما.

. . . .

والمعاملةُ[١]: علىٰ قياس هذا: ما كان قبلَ إدراكِ الثمرِ من السَّقْي والتلقيحِ والحفظ: فهو علىٰ العامل.

وما كان بعد الإدراك، كالجِذَاد والحفظ: فهو عليهما.

ولو شُرِطَ الجِذادُ[٢] علىٰ العامل: لا يجوزُ، بالاتفاق؛ لأنه لا عُرفَ فيه.

وما كان بعد القسمة: فهو عليهما؛ لأنه مالٌ مشترَكٌ ولا عقدَ.

ولو شُرِطَ الحصادُ في الزرع علىٰ ربِّ الأرض: لا يجوزُ، بالإجماع؛ لعدم العُرْف فيه.

ولو أرادا قَصْلَ القَصِيْل[٣]، أو جَذَّ التمرِ بُسْراً، أو التقاطَ الرُّطَب: فذلك عليهما؛ لأنهما أنهيا العقدَ لَمَّا عَزَما علىٰ القَصْلِ والجِذَاذِ بُسْراً، فصار كما بعدَ الإدراك، والله تعالىٰ أعلم.

❊ ❊ ❊ ❊ ❊

---

(١) أي المساقاة.

(٢) وفي نُسخ: الجداد. بالدال المهملة.

(٣) أي قطع القصيل، والقَصْلُ: قَطْعُ الشيء، ومنه القصيل: الشعير يُجزُّ أخضرَ لعلف الدواب، والفقهاء يسمون الزرع قبل إدراكه: قصيلاً. البناية ١٤/٢٣٤.

كتاب المُسَاقَاة

قال أبو حنيفة رحمه الله : المساقاةُ بجزءٍ من الثمر باطلةٌ .

وقالا : جائزةٌ إذا ذَكَرَ مدةً معلومةً ، وسمَّىٰ جزءاً من الثمر مُشاعاً .

كتاب المُسَاقَاة

قال: (قال أبو حنيفة رحمه الله: المساقاةُ[١] بجزءٍ من الثمر باطلةٌ.

وقالا: جائزةٌ إذا ذَكَرَ مدةً معلومةً، وسمَّىٰ جزءاً من الثمر مُشاعاً).

والمساقاةُ: هي المعاملةُ في الأشجار، والكلامُ فيها كالكلام في المزارعة[٢].

وقال الشافعيُّ[٣] رحمه الله: المعاملةُ جائزةٌ.

ولا تجوزُ المزارعةُ إلا تَبَعاً للمعاملة؛ لأن الأصلَ في هذا: المضاربةُ، والمعاملةُ أشبهُ بها؛ لأن فيها[٤] شركةً في الزيادة[٥]، دون الأصل.

---

(١) المساقاة هي: دفع الشجر والكروم إلىٰ مَن يقوم بإصلاحها، علىٰ أن يكون له سهمٌ معلومٌ من ثمرها. البناية ١٤/٢٣٥.

(٢) أراد أن شرائطَ المساقاة هي الشرائط التي ذُكرت للمزارعة.

(٣) الحاوي الكبير ٧/٣٥٧.

(٤) أي في المساقاة.

(٥) أي الثمر.

. . . .

وفي المزارعة لو شَرَطَا[١] الشركةَ في الربح، دون البَذْر، بأن شَرَطَا رَفْعَه من رأس الخارج: تَفسُدُ، فجعلنا المعاملةَ أصلاً، وجوَّزْنا المزارعةَ تَبَعاً لها، كالشِّرْب في بيع الأرض، والمنقولِ[٢] في وقف العقار[٣].

وشَرْطُ المدة: قياسٌ فيها[٤]؛ لأنها إجارةٌ معنىً، كما في المزارعة.

وفي الاستحسان: إذا لم يُبيِّنِ المدةَ: يجوزُ، ويقعُ علىٰ أول ثمرٍ يَخرجُ؛ لأن الثمرةَ لإدراكِها وقتٌ معلومٌ، وقلَّما يتفاوتُ، ويدخلُ فيه ما هو المتيقَّن، وهو السَّنَةُ الأُولىٰ.

وإدراكُ البَذْرِ في أصول الرَّطْبة في هذا: بمنزلة إدراكِ الثمار؛ لأن له نهايةً معلومةً، فلا يُشترطُ بيانُ المدة.

بخلاف الزرع؛ لأن ابتداءَه يختلفُ كثيراً، خَرِيفاً وصيفاً وربيعاً وشتاءً، والانتهاءُ: بناءٌ عليه، فتَدخلُه الجهالةُ.

وبخلاف ما إذا دَفَعَ إليه غَرْساً[٥] قد عَلِقَ[٦]، ولم يبلغِ الثمرُ معاملةً،

---

(١) وفي نُسخ: شُرِط الشركة في الربح دون البذر، بأن شُرِط...إلخ، بالمبني للمجهول، وفي نُسخ: شَرَطَ. بالمبني للمعلوم.

(٢) أي يصير المنقول وقفاً تبعاً لوقف العقار، ولا يجوز وقفه بانفراده.

(٣) إلىٰ هنا من كلام الإمام الشافعي رحمه الله. البناية ١٤/٢٣٨.

(٤) أي في المعاملة، وهي المساقاة.

(٥) بفتح الغين وكسرها، أي المغروس. البناية ١٤/٢٣٩.

(٦) أي نبت.

ويُشترط تسميةُ الجزءِ مشاعاً.

فإن سمَّيا في المعاملة وقتاً يُعلَمُ أنه لا يَخرجُ الثمرُ فيها: فسدتِ المعاملةُ.

ولو سمَّيا مدةً قد يبلغُ الثمرُ فيها، وقد يتأخَّر عنها: جازت.

ثم لو خَرَجَ في الوقتِ المسمَّىٰ: فهو علىٰ الشركة.

حيث لا يجوزُ إلا ببيان المدة؛ لأنه يتفاوتُ بقوة الأراضي وضَعْفِها تفاوتاً فاحشاً.

وبخلاف ما إذا دَفَعَ نخيلاً، أو أصولَ رَطْبةٍ، علىٰ أن يقومَ عليها، أو أطلق في الرَّطْبة: تفسدُ المعاملةُ؛ لأنه ليس لذلك نهايةٌ معلومةٌ؛ لأنها تنمو ما تُركتْ في الأرض، فجُهِلتِ المدة.

قال: (ويُشترط تسميةُ الجزءِ مشاعاً)؛ لِمَا بيَّنَّا في المزارعة، إذ شَرْطُ جزءٍ معيَّنٍ: يقطعُ الشركةَ.

قال: (فإن سمَّيا في المعاملة وقتاً يُعلَمُ أنه لا يَخرجُ الثمرُ فيها: فسدتِ المعاملةُ)؛ لفَوَات المقصود، وهو الشركةُ في الخارج.

قال: (ولو سمَّيا مدةً قد يبلغُ[1] الثمرُ فيها، وقد يتأخَّر عنها: جازت)؛ لأنا لا نتيقَّنُ بفوات المقصود.

قال: (ثم لو خَرَجَ في الوقتِ المسمَّىٰ: فهو علىٰ الشركة)؛ لصحة العقد.

---

(١) وفي نُسخ: يخرج.

وإن تأخَّر: فللعامل أجرُ المثل.

وتجوزُ المساقاةُ في النخل، والشجر، والكَرْمِ، والرِّطَابِ، وأصولِ الباذنجان.

قال: (وإن تأخَّر: فللعامل أجرُ المثل)؛ لفساد العقدِ؛ لأنه تبيَّن الخطأُ في المدة المسمَّاة، فصار كما إذا عُلِمَ ذلك في الابتداء.

بخلاف ما إذا لم يَخرجْ أصلاً؛ لأن الذهابَ بآفةٍ، فلا يتبيَّنُ فسادُ المدة، فيبقىٰ العقدُ صحيحاً، ولا شيءَ لكلٍّ واحدٍ منهما علىٰ صاحبه.

قال: (وتجوزُ المساقاةُ في النخل، والشجر، والكَرْمِ، والرِّطَابِ، وأصولِ الباذنجان).

وقال الشافعي[1] رحمه الله في الجديد: لا تجوزُ إلا في النخل والكَرْم؛ لأن جوازَها بالأثر، وقد خصَّهما، وهو حديثُ خيبر[2].

ولنا: أن الجوازَ للحاجة، وقد عَمَّت به.

وأثرُ خيبرَ لا يخصُّهما[3]؛ لأن أهلَها كانوا يعملون في الأشجار والرِّطاب أيضاً.

ولو كان كما زَعَم: فالأصلُ في النصوصِ أن تكون معلولةً، لا سيَّما علىٰ أصلِه[4].

---

(١) الأم ١١٨/٧.

(٢) تقدم تخريجه قريباً.

(٣) أي النخل والكرم.

(٤) فإن بابه عنده أوسعُ، لأنه يرىٰ التعليلَ بالعلة القاصرة، كالثمنية في باب

فإن دَفَعَ نخلاً فيه ثمرةٌ مساقاةً، والثمرةُ تزيدُ بالعمل: جاز، وإن كانت قد انتهت: لم يجز.

وإذا فسدتِ المساقاةُ: فللعاملِ أجرُ مثلِه.

وليس لصاحب الكَرْم أن يُخرِجَ العاملَ من غير عُذْر؛ لأنه لا ضررَ عليه في الوفاءِ بالعقد.

وكذا ليس للعامل أن يَترُكَ العملَ بغير عُذْر.

بخلاف المزارعة بالإضافة إلىٰ صاحب البَذْر، علىٰ ما قدَّمناه.

قال: (فإن دَفَعَ نخلاً فيه ثمرةٌ مساقاةً، والثمرةُ تزيدُ بالعمل: جاز، وإن كانت قد انتهت: لم يجز).

وكذا علىٰ هذا: إذا دَفَعَ الزرعَ وهو بَقْلٌ: جاز.

ولو استَحصَدَ وأدركَ: لم يَجُز؛ لأن العاملَ إنما يَستَحِقُّ بالعمل، ولا أثرَ للعمل بعد التناهي والإدراكِ، فلو جوَّزناه: لكان استحقاقاً بغير عملٍ، ولم يَرِدْ به الشرعُ[1]، بخلاف ما قبل ذلك؛ لتحقُّق الحاجة إلىٰ العمل.

قال: (وإذا فسدتِ المساقاةُ: فللعاملِ أجرُ مثلِه)؛ لأنه في معنىٰ الإجارة الفاسدة، وصارَ كالمزارعة إذا فسدت.

الربا، ونحن لا نرىٰ التعليل إلا بعلةٍ متعدية، فيكون التعليل علىٰ مذهبه أعمَّ عندنا. البناية ١٤/٢٤٢.

(١) لأنها جُوِّزت بالأثر. البناية ١٤/٢٤٤.

وتبطلُ المساقاةُ بالموت .

ولو التزم العاملُ الضررَ : يُخَيَّرُ ورثةُ الآخَرِ بين أن يقتسِمُوا البُسْرَ علىٰ الشرط ، وبين أن يُعطوه قيمةَ نصيبِه من البُسْر ، وبين أن يُنفِقوا علىٰ البُسْر حتىٰ يبلُغَ ، فيرجعوا بذلك في حصةِ العامل من الثمر .

ولو مات العاملُ : فلورثتِه أن يَقوموا عليه وإن كَرِهَ ربُّ الأرض .

فإن أرادوا أن يَصرِموه بُسْراً : كان صاحبُ الأرض بين الخيارات الثلاثة .

قال: (وتبطلُ المساقاةُ بالموت)؛ لأنها في معنىٰ الإجارة، وقد بيَّنَّاه فيها.

فإن مات ربُّ الأرض، والخارجُ بُسْرٌ: فللعامل أن يقومَ عليه، كما كان يقومُ قبل ذلك إلىٰ أن يُدرِكَ الثمرُ وإن كَرِهَ ذلك ورثةُ ربِّ الأرض؛ استحساناً، فيبقىٰ العقدُ؛ دفعاً للضرر عنه، ولا ضررَ فيه علىٰ الآخَر.

قال: (ولو التزم العاملُ الضررَ: يُخَيَّرُ ورثةُ الآخَرِ بين أن يقتسِمُوا البُسْرَ علىٰ الشرط، وبين أن يُعطوه قيمةَ نصيبِه من البُسْر، وبين أن يُنفِقوا علىٰ البُسْر حتىٰ يبلُغَ، فيرجعوا بذلك في حصةِ العامل من الثمر)؛ لأنه ليس له إلحاقُ الضررِ بهم، وقد بيَّنَّا نظيرَه في المزارعة.

قال: (ولو مات العاملُ: فلورثتِه أن يَقوموا عليه وإن كَرِهَ ربُّ الأرض)؛ لأن فيه النظرَ من الجانبَيْن.

قال: (فإن أرادوا أن يَصرِموه بُسْراً: كان صاحبُ الأرض بين الخيارات الثلاثة)، التي بيَّنَّاها.

وإن ماتا جميعاً : فالخيارُ لورثة العامل .

فإن أبىٰ ورثةُ العاملِ أن يقوموا عليه : كان الخيارُ في ذلك لورثة ربِّ الأرض .

وإذا انقضتْ مدةُ المعاملةِ والخارجُ بُسْرٌ أخضرُ : فهذا والأولُ سواءٌ ، وللعامل أن يقومَ عليها إلىٰ أن يُدرِكَ ، لكن بغير أجرٍ .

قال: (وإن ماتا جميعاً: فالخيارُ لورثة العامل)؛ لقيامِهم مَقامَه، وهذا خِلافةٌ في حَقٍّ ماليٍّ، وهو تَرْكُ الثمارِ علىٰ الأشجار إلىٰ وقت الإدراك، لا أن يكونَ وِراثةً في الخيار.

قال: (فإن أبىٰ ورثةُ العاملِ أن يقوموا عليه: كان الخيارُ في ذلك لورثة ربِّ الأرض)، علىٰ ما وَصَفْنا.

قال: (وإذا انقضتْ مدةُ المعاملةِ والخارجُ بُسْرٌ أخضرُ: فهذا والأولُ سواءٌ، وللعامل أن يقومَ عليها إلىٰ أن يُدرِكَ، لكن بغير أجرٍ)؛ لأن الشجرَ لا يجوز استئجارُه.

بخلاف المزارعة في هذا[1]؛ لأن الأرضَ يجوزُ استئجارها.

وكذلك العملُ كلُّه علىٰ العامل ها هنا؛ لِمَا بيَّنَّا، وفي المزارعة في هذا: عليهما؛ لأنه لَمَّا وجب أجرُ مثلِ الأرضِ بعد انتهاءِ المدةِ علىٰ العامل: لا يُستَحَقُّ عليه العمل، وها هنا لا أجرَ له، فجاز أن يُستَحَقَّ العملُ، كما يُستَحَقُّ قبلَ انتهائها.

---

(١) أي في انقضاء المدة.

وتُفسَخُ المساقاةُ بالأعذار كما تُفسخ الإجارةُ.

ومَن دَفَعَ أرضاً بيضاءَ إلىٰ رجلٍ سِنَينَ معلومةً، يَغرِسُ فيها شجراً، علىٰ أن تكونَ الأرضُ والشجرُ بين ربِّ الأرض والغارِسِ نصفَيْن: لم يَجُزْ ذلك.

وجميعُ الثمرِ والغَرْس: لربِّ الأرض، وللغارس: قيمةُ غَرْسِه، . . . .

قال: (وتُفسَخُ المساقاةُ بالأعذار كما تُفسَخُ الإجارة)؛ لِمَا بيَّنَّا في الإجارات، وقد بيَّنَّا وجوهَ العُذْر فيها.

ومِن جملتها: أن يكون العاملُ سارقاً يُخافُ عليه سرقةُ السَّعَف والثمرِ قبل الإدراك؛ لأنه يَلزمُ صاحبَ الأرض ضررٌ لم يلتزِمْه، فتُفسَخُ به.

ومنها: مرضُ العامل إذا كان يُضعِفُه عن العمل؛ لأن في إلزامِه استئجارَ الأُجَرَاءِ: زيادةَ ضررٍ عليه، ولم يلتزِمْه، فيُجعَلُ ذلك عُذراً.

ولو أراد العاملُ تَرْكَ ذلك العمل[1]: هل يكون عذراً؟

فيه روايتان، وتأويل إحداهما: أن يَشترِطَ العملَ بيده، فيكون عُذراً من جهته.

قال: (ومَن دَفَعَ أرضاً بيضاءَ إلىٰ رجلٍ سِنَينَ معلومةً، يَغرِسُ فيها شجراً، علىٰ أن تكونَ الأرضُ والشجرُ بين ربِّ الأرض والغارِسِ نصفَيْن: لم يَجُزْ ذلك)؛ لاشتراط الشركةِ فيما كان حاصلاً قبلَ الشركة، لا بعمله.

قال: (وجميعُ الثمرِ والغَرْس: لربِّ الأرض، وللغارس: قيمةُ غَرْسِه،

---

(١) أي من غير مرض.

وأجرُ مثلِه فيما عَمِلَ.

وأجرُ مثلِه فيما عَمِلَ)؛ لأنه في معنىٰ قَفِيْز الطحَّان[1]، إذ هو استئجارٌ ببعضِ ما يَخرجُ من عمله، وهو نصفُ البستان، فيفسدُ.

وتَعَذَّرَ ردُّ الغِرَاس: لاتصالها بالأرض، فتجبُ قيمتُها، وأَجْرُ مثلِه؛ لأنه لا يدخلُ في قيمة الغِرَاس؛ لتقوُّمِها بنفسها.

وفي تخريجِها طريقٌ آخَرُ، بيَّنَّاه في «كفاية المنتهي»، وهذا أصحُّهما، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) قفيز الطحان هو: أن يستأجر رجلاً ليطحن له حنطة معلومة بقفيزٍ من دقيقها، أي مكيالٍ معيَّنٍ منه. ينظر البناية ٣٦٠/٩، النهاية لابن الأثير ٩٠/٤، وتقدم قريباً جداً تخريج النهي عنه.

كتاب الذبائح

. . . .

كتاب الذبائح

قال: الذَّكاةُ شَرْطُ حِلِّ الذَّبيحةِ[1]؛ لقوله تعالىٰ: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾. المائدة/٣.

ولأنَّ بها[2] يَتميَّزُ الدمُ النَّجِسُ من اللحم الطاهر.

وكما يثبتُ بها الحِلُّ: تثبتُ بها الطهارةُ في المأكولِ وغيرِه[3]، فإنها[4] تُنبِئُ عنها[5].

ومنه[6]: قولُه عليه الصلاة والسلام: «ذَكاةُ الأرض: يُبْسُها»[7].

---

(١) هذه المقولة من كلام صاحب الهداية نفسه، وليست من مختصر القدوري، ولا من الجامع الصغير. ينظر البناية ١٤/٢٥١.

(٢) أي بالذكاة.

(٣) كالكلب وغيره.

(٤) أي الذكاة.

(٥) أي عن الطهارة، وفي نُسخ: عنه، أي: عمَّا ذُكر.

(٦) أي ومن كون الذكاة عبارة عن الطهارة.

(٧) تقدم في باب الأنجاس، وقد قال عنه في نصب الراية ١/٢١١: غريب، وفي الدراية ١/٩٢: لم أره مرفوعاً، وفي فتح القدير ١/١٧٤ استدل بأحاديث أخرىٰ وآثار عن الصحابة رضي الله عنهم تشهد لمعنىٰ الحديث المذكور. =

وذبيحةُ المسلمِ والكتابيِّ: حَلالٌ.

وهي: اختياريةٌ: كالجَرْح فيما بين اللَّبَّة[١] واللَّحْيَيْن.

واضطراريةٌ: وهي الجَرْحُ في أيِّ موضعٍ كان من البدن.

والثاني[٢]: كالبَدَل عن الأول؛ لأنه لا يُصارُ إليه إلا عند العَجْز عن الأول، وهذا آيةُ البدلية، وهذا لأن الأولَ أعمَلُ في إخراج الدم، والثاني أقصرُ فيه، فاكتُفِيَ به عند العجز عن الأول، إذِ التكليفُ بحَسَبِ الوُسْع.

ومِن شَرْطه[٣]: أن يكون الذابحُ صاحبَ مِلَّةِ التوحيد، إما اعتقاداً، كالمسلم، أو دعوىً، كالكتابي.

وأن يكون حَلالاً[٤]، خارجَ الحرم، علىٰ ما نُبيِّنُه إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (وذبيحةُ المسلمِ والكتابيِّ: حَلالٌ)؛ لِمَا تَلَوْنا[٥].

ولقوله تعالىٰ: ﴿ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَـٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ ﴾. المائدة/٥.

وينبَّه هنا إلىٰ أن نص هذه الآثار جاء في نُسَخٍ من ابن أبي شيبة (٦٢٩): بالذال، وفي أخرىٰ: بالزاي، وينظر المقاصد الحسنة ص٢٢٠.

(١) اللَّبَّة: طَرَفُ الصدر من ناحية الصدر، واللَّحْي: مَنبت اللحية من الإنسان وغيره. البناية ١٤/٢٥٢، وفي حاشية نسخة ٧٣٨هـ: اللبة: موضع القلادة من الصدر والمَنحَر.

(٢) أي الذكاة الاضطرارية.

(٣) أي من شرط الذبح الشرعي.

(٤) أي غير مُحرِمٍ.

(٥) أي قوله تعالىٰ: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾؛ لأن الخطاب عامٌّ. البناية ١٤/٢٥٤.

ولا تُؤكَلُ ذبيحةُ المَجوسيِّ.

وتَحِلُّ إذا كان[١] يَعقِلُ التسميةَ والذبيحةَ، ويَضبِطُه[٢] وإن كان صبياً، أو مجنوناً، أو امرأةً.

أما إذا كان لا يَضبطُه، ولا يعقلُ التسميةَ والذبيحةَ: فلا تَحِلُّ؛ لأن التسميةَ علىٰ الذبيحة شَرْطٌ بالنصِّ[٣]، وذلك بالقصد، وصحةُ القصد: بما ذكرناه.

والأقلفُ، والمختونُ: سواءٌ؛ لِمَا ذكرنا.

وإطلاقُ: الكتابيِّ: ينتظمُ الكتابيَّ، والذميَّ، والحربيَّ، والعربيَّ، والتغلبيَّ؛ لأن الشرطَ قيامُ المِلَّة، علىٰ ما مرَّ.

قال: (ولا تُؤكَلُ ذبيحةُ المَجوسيِّ[٤])؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «سُنُّوا بهم سُنَّةَ أهلِ الكتاب، غيرَ ناكحي نسائهم، ولا آكلي ذبائحِهم»[٥].

---

(١) أي الذابحُ.

(٢) أي يضبطُ الذبحَ، فيعلم شرائط الذبح، من قطع الأوداج وغيره.

(٣) وهو قوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾. الأنعام/١٢١.

(٤) المجوس: وثنيون يُقدِّسون النارَ ويعبدونها، ويدَّعون لهم إلهين من دون الله: إله الخير، وإله الشر، نسأل الله العافية.

(٥) الشطر الأول من الحديث: أخرجه مالك في الموطأ ٢٧٨/١ (٤٢)، وعبد الرزاق في المصنَّف (١٠٠٢٥)، مصنف ابن أبي شيبة (١٠٧٦٥).

وأما الشطر الثاني من الحديث، وهو الاستثناء: ففي مصنف ابن أبي شيبة (١٦٣٢٥) وغيره، والحديث فيه كلام طويل، وله طرق وأسانيد عديدة، منها الضعيف، ومنها=

والمرتدِّ، والوثنيِّ.

والمُحْرِمِ، يعني من الصيد.

ولأنه لا يدعي التوحيدَ، فانعدمتِ الملةُ اعتقاداً ودعوىً.

قال: (والمرتدِّ): كذلك[1]؛ لأنه لا مِلَّةَ له، فإنه لا يُقَرُّ علىٰ ما انتقل إليه.

بخلاف الكتابيِّ إذا تحوَّل إلىٰ غيرِ دينِه؛ لأنه يُقَرُّ عليه عندنا، فيُعتبرُ ما هو عليه عند الذبح، لا ما قبله.

قال: (والوثنيِّ)؛ لأنه لا يَعتقدُ المِلَّةَ.

قال: (والمُحْرِمِ، يعني من الصيد).

وكذا لا يُؤكَلُ ما ذُبِحَ في الحَرَمِ من الصيد.

والإطلاقُ[2] في: المُحْرِمِ: ينتظمُ الحِلَّ والحَرَمَ.

والذبحُ في الحرم: يستوي فيه الحلالُ والمُحرِمُ، وهذا لأن الذكاةَ فعلٌ مشروعٌ، وهذا الصنيعُ مُحَرَّمٌ، فلم يكن ذكاةً[3].

بخلاف ما إذا ذَبَحَ المُحْرِمُ غيرَ الصيد، أو ذَبَحَ[4] في الحرم غيرَ

المرسل جيد الإسناد، ومنها ما سنده حسن، ينظر نصب الراية ٣/١٧٠، ٤٢٨، ٤/١٨١، الدراية ٢/٥٦، ١٣٣، ٢٠٥، التلخيص الحبير ٣/١٧٢، مجمع الزوائد ٦/١٣.

(١) أي وكذلك لا تؤكل ذبيحة المرتد.

(٢) أي في قول المصنِّف في بداية المبتدي: والمُحرِمِ، وأصله من القدوري.

(٣) أي لم يكن ذبحُ المُحرِمِ ذكاةً.

(٤) وضُبطت في نُسخ بالمبني للمجهول: أو ذُبِحَ في الحرم غيرُ الصيد.

وإن تَرَكَ الذابحُ التسميةَ عمداً : فالذبيحةُ ميتةٌ ، لا تُؤكَلُ .
وإن تَرَكَها ناسياً : أُكِلَتْ .

الصيد: صحَّ؛ لأنه فعلٌ مشروعٌ، إذِ الحرمُ لا يُؤمِنُ الشاةَ، وكذا لا يَحرُمُ ذَبْحُه[1] علىٰ المُحْرِم.

قال: (وإن تَرَكَ الذابحُ التسميةَ عمداً: فالذبيحةُ ميتةٌ[2]، لا تُؤكَلُ.

وإن تَرَكَها ناسياً: أُكِلَتْ).

وقال الشافعي[3] رحمه الله: تُؤكلُ في الوجهَيْن.

وقال مالكٌ رحمه الله: لا تُؤكَلُ في الوجهَيْن[4].

والمسلمُ والكتابيُّ في تَرْكِ التسمية: سواءٌ.

---

(١) أي ذَبْح غي الصيد. البناية ١٤/٢٦٠.

(٢) نقل ابنُ الهمام في فتح القدير ٦/٣٩٤ حِلَّ أكلِها عن أبي حنيفة ومحمد، دون أبي يوسف، فقال: «لقد نُقِلَ الخلافُ في الحِلِّ عندنا أيضاً وإن كان كثيرٌ لم يَحكُوا الخلافَ، ففي الخلاصة، في رابع جنسٍ من الفصل الرابع، من أدب القاضي قال: وأما القضاء بحِلِّ متروك التسمية عمداً: فجائزٌ عندهما، وعند أبي يوسف: لا يجوز». اهـ، ومثله في التقرير والتحبير لابن أمير حاج ٣/٣٢٣، ونقل نصَّ فتح القدير ابنُ عابدين ١٦/٤٣٣، ولم يتعقَّبْه، وقبل هؤلاء نقل ذلك ابنُ مازة (ت٦١٦هـ) في المحيط البرهاني ٨/٧٥، وعزاه للنوادر.

(٣) البيان للعمراني ٤/٤٥١.

(٤) نبَّه في البناية ١٤/٢٦١ نقلاً عن المالكية إلىٰ أن قول الإمام مالك موافقٌ لما قرَّره المصنِّف، وجَعَلَه مذهب الحنفية، أنها تُؤكل عندهم نسياناً، لا عمداً، وهو المشهور عندهم، ينظر التلقين ص٧٨، ومختصر خليل مع جواهر الإكليل ١/٢١٢، وكذلك قول الإمام أحمد، ينظر الروض المربع ص٣٩٨.

. . . .

وعلىٰ هذا الخلاف: إذا تَرَكَ التسميةَ عند إرسال البازِي والكلب، وعند الرمي علىٰ الصيد.

وهذا القولُ من الشافعي رحمه الله مخالِفٌ للإجماع، فإنه لا خلافَ فيمَن كان قبلَه[1] في حُرْمة متروكِ التسمية عامداً.

وإنما الخلافُ بينهم في متروك التسمية ناسياً.

فمِن مذهب ابن عمر[2] رضي الله عنهما: أنه يَحرُمُ، ومن مذهب عليٍّ وابن عباس رضي الله عنهم: أنه يَحِلُّ.

بخلاف متروك التسمية عامداً، ولهذا قال أبو يوسف[3] والمشايخُ

---

(١) أي قبل الإمام الشافعي رحمه الله.

قلت: وفي نَقْل المصنِّف الإجماعَ نظرٌ، فقد تقدم النقل عن أبي حنيفة ومحمد حِلَّ متروك التسمية عمداً، وكذلك نقل الماورديُّ في الحاوي ١٥/١٠، وابنُ عبد البر في التمهيد ٢٢/٣٠١ نَقَلا حِلَّ متروك التسمية عمداً عن ابن عباس وأبي هريرة رضي الله عنهما، وهو رواية عن الإمام مالك أيضاً، ورواية عن الإمام أحمد. ينظر اختلاف الأئمة العلماء لابن هبيرة ١/٤٧٤، المغني ٩/٣٦٧، ٣٨٨.

* وأيضاً أنبه هنا إلىٰ أن صاحب الدُّرِّ وابن عابدين ١٦/٤٥٠ نقلا عن أئمة الحنفية أن الأصح اعتبارُ اختلاف الإمام الشافعي وأيِّ إمامٍ مجتهد، وذَكَرَ ابن عابدين أيضاً ١٦/٤٣٣ تصحيحَ اعتبار اختلاف مَن جاء بعد السلف.

(٢) ينظر لهذه الآثار: الدراية ٢/٢٠٥.

(٣) قلت: نَقْلُه عن أبي يوسف فقط: يؤكد دلالةً صحةَ ما نقله ابن الهمام عن الخلاصة عن الإمام أبي حنيفة ومحمد من قولهما بحِلِّ متروك التسمية عمداً.

. . . .

رحمهم الله: إن متروكَ التسميةِ عامداً لا يَسَعُ فيه الاجتهادُ.

ولو قضىٰ القاضي بجواز بيعِه: لا ينفُذُ؛ لكونه مخالفاً للإجماع.

له[1]: قولُه عليه الصلاة والسلام: «المسلمُ يَذبحُ علىٰ اسم الله تعالىٰ، سمَّىٰ أو لم يُسمِّ»[2].

ولأن التسميةَ لو كانت شَرْطاً للحِلِّ: لَمَا سقطتْ بعُذْر النسيان، كالطهارة في باب الصلاة[3].

ولو كانت شَرْطاً: فالمِلَّةُ[4] أُقيمتْ مَقامَها، كما في الناسي.

ولنا: الكتابُ، وهو قولُه تعالىٰ: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾. الأنعام/١٢١، نهيٌ، وهو للتحريم.

والإجماعُ، وهو ما بيَّنَّا.

والسُّنَّةُ: وهو حديثُ عَدِيِّ بنِ حاتمٍ الطائيِّ رضي الله عنه، فإنه عليه

---

(١) أي للإمام الشافعي. قلت: وأيضاً لمَن قال بالحِل.

(٢) قال في الدراية ٢/٢٠٥: لم أجده بهذا اللفظ، وإنما أخرج الدارقطني (٤٨٠٨) بمعناه، وبلفظ: «اسم الله علىٰ فَمِ كل مسلم»: أخرجه الطبراني في الأوسط (٤٧٦٩)، والدارقطني (٤٨٠٣)، وفي سند هذه الأحاديث مقالٌ، وروي موقوفاً، وينظر التعريف والإخبار ٤/١٦.

(٣) أي فمَن نسي الطهارة: لا تجوز صلاته.

(٤) أي الإسلام.

. . . .

الصلاة والسلام قال في آخِره: «فإنكَ إنما سمَّيتَ علىٰ كلبك، ولم تُسَمِّ علىٰ كلبِ غيرِك»[1].

علَّل الحُرمةَ بترك التسمية.

ومالكٌ[2] رحمه الله يَحتجُّ بظاهر ما تلَوْنا[3]، إذْ لا فَصْلَ فيه.

ولكنَّا نقول: في اعتبارِ ذلك من الحرج ما لا يَخفىٰ؛ لأن الإنسانَ كثيرُ النسيان، والحرجُ مدفوعٌ، والسمعُ[4] غيرُ مُجْرىً علىٰ ظاهره، إذ لو أُريد به: لجَرَتِ المُحاجَّةُ[5]، وظَهَرَ الانقيادُ، وارتفع الخلافُ في الصدر الأول.

والإقامةُ[6] في حَقِّ الناسي وهو معذورٌ: لا يدلُّ عليها في حَقِّ العامد، ولا عذرَ.

وما رواه[7]: محمولٌ علىٰ حالة النسيان.

ثم التسميةُ في ذكاةِ الاختيارِ تُشترطُ عند الذبح، وهي علىٰ المذبوح.

---

(١) صحيح البخاري (٧٣٩٧)، صحيح مسلم (١٩٢٩).

(٢) أي علىٰ ما نَقَلَ عنه المصنِّف، وتقدم أن قولَه غيرُ ما نَقَلَه عنه، والله أعلم.

(٣) وفي نُسخ: ذكرنا.

(٤) أي المسموع من الآية والحديث السابقين.

(٥) أي بين الصحابة رضي الله عنهم. البناية ١٤/٢٦٤.

(٦) جوابٌ عن قول الشافعي رحمه الله من إقامة الملة مقام التسمية.

(٧) أي الإمام الشافعي رحمه الله من حديث: «المسلم يذبح علىٰ اسم الله».

ويُكره أن يَذكرَ مع اسمِ الله تعالىٰ شيئاً غيرَه، وأن يقولَ عند الذبح: اللهمَّ تقبَّلْ من فلان.

وفي الصيد: تُشترطُ عند الإرسالِ والرمي، وهي علىٰ الآلة؛ لأن المقدورَ له في الأول: الذبحُ، وفي الثاني: الرميُ والإرسالُ، دون الإصابة، فتُشترطُ عند فِعْلٍ يَقتدِرُ عليه.

حتىٰ إذا أضجع شاةً، وسمَّىٰ، فذَبَحَ غيرَها بتلك التسمية: لا يجوز،

ولو رمىٰ إلىٰ صيدٍ، وسمَّىٰ، وأصاب غيرَه: حَلَّ.

وكذا في الإرسال.

ولو أضجع شاةً، وسمَّىٰ، ثم رمىٰ بالشَّفْرةِ، وذَبَحَ بالأخرىٰ: أُكِلَ[1].

ولو سمَّىٰ علىٰ سهمٍ، ثم رمىٰ بغيره صيداً: لا يُؤكَلُ.

قال: (ويُكره أن يَذكرَ مع اسمِ الله تعالىٰ شيئاً غيرَه، وأن يقولَ عند الذبح: اللهمَّ تقبَّلْ من فلان)، وهذه ثلاثُ مسائل:

إحداها: أن يُذكَرَ موصولاً، لا معطوفاً: فيُكره، ولا تَحرُمُ الذبيحةُ، وهو المرادُ بما قال.

ونظيرُه: أن يقول: باسم اللهِ محمدٌ[2] رسولُ الله؛ لأن الشركةَ لم

---

(١) أي أُكِل لحمها.

(٢) برفع الدال، ولو خَفَضَها: لا تحل، وقيل: هذا إذا كان يعرف النحو، وإلا: فلا تحرم، وفي روضة الزندويستي: النصب: كالخفض: لا يحل. البناية ١٤/٢٧١.

. . . .

توجد[١]، فلم يكنِ الذبحُ واقعاً له[٢]، إلا أنه يُكره؛ لوجود القِرَانِ صورةً، فيُتصوَّرُ بصورة المُحرَّم[٣].

والثانيةُ: أن يُذكَرَ موصولاً علىٰ وجهِ العطف والشركةِ، بأن يقول: باسم الله واسمِ فلان.

أو: يقول: باسم الله وفلانٍ.

أو: باسم الله ومحمدٍ رسولِ الله: بكسر الدال: فتَحرُم الذبيحةُ؛ لأنه أُهِلَّ به لغير الله.

والثالثةُ: أن يقولَ مفصولاً عنه صورةً ومعنىً، بأن يقولَ قبلَ التسمية، وقبلَ أن يُضجعَ الذبيحةَ، أو بعدَه، وهذا لا بأسَ به.

لِمَا رُوي عن النبيِّ صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال بعد الذبح: «اللهمَّ تقبَّلْ هذه[٤] عن أُمَّةِ محمدٍ ممَّن شَهِدَ لكَ بالوحدانية، ولِيَ بالبلاغ»[٥].

---

(١) لعدم العطف.

(٢) أي لرسول الله صلىٰ الله عليه وسلم؛ لانعدام واو العطف.

(٣) وهي الوصلُ علىٰ وجه العطف والشركة. حاشية نسخة ٧٣٨هـ، و٧٦٩هـ.

(٤) أي الأضحية.

(٥) صحيح مسلم (١٩٦٧) بلفظ: «اللهم تقبل هذه من محمد وآل محمد، ومن أمة محمد»، وعند الحاكم في المستدرك (٣٤٧٨) بلفظ قريب جداً مما ذكره المصنِّف، وينظر ٤/ ١٨٤.

والذبحُ بين الحَلْق واللَّبَّة.

والشرطُ هو: الذِّكْرُ الخالِصُ المجرَّدُ، علىٰ ما قال ابنُ مسعود رضي الله عنه: «جرِّدوا التسميةَ»[1].

حتىٰ لو قال عند الذبح: اللهم اغفر لي: لا تَحِلُّ؛ لأنه دعاءٌ وسؤالٌ.

ولو قال: الحمدُ لله، أو: سبحانَ الله: يريدُ التسميةَ: تَحِلُّ.

ولو عَطَسَ عند الذبح، فقال: الحمدُ لله: لا تَحِلُّ، في أصح الروايتَيْن؛ لأنه يريدُ به الحمدَ علىٰ نِعَمِه، دون التسمية.

وما تداولَتْه الألسُنُ عند الذبح، وهو قولُه: باسم الله والله أكبر: مَنقولٌ عن ابن عباس[2] رضي الله عنهما في قوله تعالىٰ: ﴿فَٱذۡكُرُواْ ٱسۡمَ ٱللَّهِ عَلَيۡهَا صَوَآفَّ[3]﴾. الحج/٣٦.

قال: (والذبحُ بين الحَلْق واللَّبَّة.

---

(١) قال في التعريف والإخبار ١٧/٤: قال المخرِّجون: لم نجده، وينظر نصب الراية ١٨٤/٤، وقال القرشي في العناية بمعرفة أحاديث الهداية (مخطوط): لم أره.

(٢) هذا النقل عن ابن عباس في المستدرك (٧٥٤٧)، والسنن الكبرىٰ للبيهقي ٢٣٧/٥، ونبَّه في نصب الراية ١٨٥/٤ إلىٰ أن هذه الصيغة وردت مرفوعةً إلىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم في صحيح البخاري (٥٥٦٥)، وصحيح مسلم (١٩٦٦)، فقال: ولقد حجر المصنِّف ـ أي صاحب الهداية ـ علىٰ نفسه، ففيه حديثٌ مرفوع، أخرجه الأئمة الستة، إلا أن يكون أراد الاستدلالَ بالقرآن مفسَّراً بقول صحابي، فيكون حسناً.

(٣) أي قائمات قد صففن أيديهن وأرجلهن.

وفي «الجامع الصغير»: لا بأس بالذبح في الحَلْقِ كلِّه: وَسَطِهِ، وأعلاه، وأسفلِه.

والعُروقُ التي تُقطعُ في الذكاة أربعةٌ: الحُلْقُومُ، والمَرِيْءُ، والوَدَجَان.

وفي «الجامع الصغير[١]»: لا بأس بالذبح في الحَلْقِ كلِّه: وَسَطِهِ، وأعلاه، وأسفلِه).

والأصلُ فيه قولُه عليه الصلاة والسلام: «الذكاةُ ما بين اللبَّةِ واللَّحْيَيْن»[٢].

ولأنه مَجمَعُ المَجْرَىٰ والعُرُوقِ، فيَحصلُ بالفعل فيه إنهارُ الدمِ علىٰ أبلغِ الوجوه، فكان حُكمُ الكلِّ: سواءً.

قال: (والعُروقُ التي تُقطعُ في الذكاة أربعةٌ: الحُلْقُومُ، والمَرِيْءُ، والوَدَجَان)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «اِفْرِ[٣] الأَوْداجَ بما شئتَ»[٤].

---

(١) ص٢٣٠.

(٢) قال في نصب الراية ٤/١٨٥: غريب بهذا اللفظ، وفي الدراية ٢/٢٠٧: لم أجده، لكن تعقبهما العلامة قاسم في منية الألمعي ص ٤٠٥، وفي التعريف والإخبار ٤/١٦بقوله: بل رواه محمد في الأصل ٥/٣٥٥ من حديث سعيد بن المسيب، وأخرج الدارقطني في سنن (٤٧٥٤): «الذكاة في الحلق واللَّبَّة»، ونقل عن صاحب التنقيح أن إسناده ضعيف بمرَّة، وينظر فتح الباري ٩/٦٤١.

(٣) وضُبط في نُسخ بفتح الألف: أَفرِ، قال في البناية ١٤/٢٧٧: كسر الهمزة هنا أليق. وبيَّن رحمه الله وجهَ ذلك.

(٤) قال في الدراية ٢/٢٠٧: لم أجده، ويُغني عنه حديث: أَمْرِر الدمَ بما شئت: رواه أبو داود في سننه (٢٨٢٤)، سنن ابن ماجه (٣١٧٧)، ونقل في البدر المنير ٢٣/٣٥، تصحيحه. وروي بلفظ: أنهر الدمَ: في سنن النسائي (٤٤٠١)، وغيره.

و إن قَطَعَها : حَلَّ الأكلُ، وإن قَطَعَ أكثرَها : فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا : لا بدَّ من قَطْعِ الحُلْقوم والمَريءِ وأحدِ الوَدَجَيْن.

وهي اسمُ جَمْعٍ، وأقلُّه: الثلاثُ، فيتناولُ المَرِيْءَ، والوَدَجَيْن.

وهو حجةٌ علىٰ الشافعيِّ رحمه الله في الاكتفاءِ بالحُلْقُوم والمَريءِ.

إلا[١] أنه لا يُمكنُ قَطْعُ هذه الثلاثةِ إلا بقطع الحُلْقوم، فيَثبتُ قَطْعُ الحُلْقوم باقتضائه[٢].

وبظاهر ما ذَكَرْنا[٣]: يَحتجُّ مالكٌ رحمه الله، ولا يُجوِّزُ الأكثرَ منها، بل يَشتَرِطُ قَطْعَ جميعِها.

قال: (و) عندنا (إن قَطَعَها: حَلَّ الأكلُ، وإن قَطَعَ أكثرَها: فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: لا بدَّ من قَطْعِ الحُلْقوم والمَريءِ وأحدِ الوَدَجَيْن).

---

(١) هذا كأنه جوابٌ عما يُقال: إن: الأوداج: في قوله صلىٰ الله عليه وسلم: «أفرِ الأوداج»: جمعٌ، وأقله: ثلاثة، وأنتم شرطتُم قطع الأربعة، وتقرير الجواب كذا. البناية ١٤/٢٧٧.

(٢) والثابت اقتضاءً: كالثابت نصاً.

(٣) أي بظاهر ما ذكرنا من اشتراط قطع الأربعة يَحتجُّ مالكٌ رحمه الله، حتىٰ لا يجوز قطع الثلاثة من الأربعة، بل يَشترط قَطْعَ جميع الأربعة، هكذا نقل المصنِّف عن مالك رحمه الله، لكن في البناية ٤/٢٧٨ عن التفريع للمالكية أن المعتبر عند مالك رحمه الله قَطْعُ ثلاثة أعضاء، وهي الودجان والحلقوم. اهـ، قلت: وما نقله العيني عن التفريع هو كذلك في التلقين للقاضي عبد الوهاب ص٧٧، ومواهب الجليل ٣/٢٠٩.

وقال في «الجامع الصغير» : إنْ قَطَعَ نصفَ الحُلْقوم، ونصفَ الأوداج : لم يُؤكَلْ.

وإن قَطَعَ الأكثرَ من الأوداجِ والحُلْقومِ قبلَ أن يموت : أُكِلَ، ولم يَحْكِ خلافاً.

قال رضي الله عنه: هكذا ذَكَرَ القدوريُّ رحمه اللهُ الاختلافَ في «مختصره»، والمشهورُ في كتبِ مشايخِنا رحمهم الله: أن هذا قولَ[1] أبي يوسف وحدَه.

(وقال في «الجامع الصغير[2]»: إنْ قَطَعَ نصفَ الحُلْقوم، ونصفَ الأوداج: لم يُؤكَلْ.

وإن قَطَعَ الأكثرَ من الأوداجِ والحُلْقومِ قبلَ أن يموت: أُكِلَ، ولم يَحْكِ[3] خلافاً)، فاختلفتِ الروايةُ فيه.

والحاصلُ: أنَّ عند أبي حنيفة رحمه الله: إذا قَطَعَ الثلاثَ، أيَّ ثلاثٍ كان: يَحِلُّ[4]، وبه كان يقولُ أبو يوسف رحمه الله أوَّلاً، ثم رجع إلىٰ ما ذكرنا.

وعن محمدٍ رحمه الله: أنه يَعتبِرُ أكثرَ كلِّ فردٍ، وهو روايةٌ عن أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن كلَّ فردٍ منها أصلٌ بنفسه؛ لانفصاله عن غيره، ولورود الأمرِ بفَرْيِه، فيُعتبرُ أكثرُ كلِّ واحدٍ منها.

---

(١) وضُبط في نُسخ بالضم: قولُ.

(٢) ص٢٣١.

(٣) أي الإمام محمد رحمه الله.

(٤) أي الأكل.

ويجوزُ الذبحُ بالظُّفُر، والقَرْنِ، والعَظْمِ، والسِّنِّ إذا كان مَنْزوعاً، حتىٰ لا يكونُ بأَكْلِه بأسٌ، إلا أنه يُكرهُ هذا الذَّبْحُ.

ولأبي يوسف رحمه الله: أن المقصودَ من قَطْعِ الوَدَجَيْن: إنهارُ الدم، فيَنوبُ أحدُهما عن الآخَر، إذ كلٌّ واحدٍ منهما مَجرىٰ الدمِ، أما الحُلْقومُ: يُخالِفُ المريءَ، فإنه مَجْرىٰ العَلَفِ والماءِ، والحُلقومُ[1]: مَجْرىٰ النَّفَس، فلا بدَّ من قَطْعهما.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الأكثرَ يقومُ مَقامَ الكلِّ في كثيرٍ من الأحكام، وأيَّ ثلاثٍ قَطَعَها: فقد قَطَعَ الأكثرَ منها، وما هو المقصودُ: يحصلُ بها، وهو إنهارُ الدمِ المسفوحِ، والتَّوْحِيَةُ[2]: في إخراج الروح؛ لأنه لا يحيا بعد قَطْعِ مَجْرىٰ النَّفَس أو الطعام.

ويَخرجُ الدمُ بقطع أحدِ الوَدَجَيْن، فيُكتَفىٰ به؛ تحرُّزاً عن زيادة التعذيب.

بخلاف ما إذا قَطَعَ النصفَ؛ لأن الأكثرَ باقٍ، فكأنه لم يَقطَعْ شيئاً؛ احتياطاً لجانب الحُرْمة.

قال: (ويجوزُ الذبحُ بالظُّفُر، والقَرْنِ، والعَظْمِ[3]، والسِّنِّ إذا[4] كان مَنْزوعاً، حتىٰ لا يكونُ بأَكْلِه بأسٌ، إلا أنه يُكرهُ هذا الذَّبْحُ).

---

(١) جاء في نُسخٍ من الهداية بدل لفظ: الحلقوم: جاء: المريء، وهو خطأٌ من النُّسَّاخ، وقد نبَّه إلىٰ ذلك صاحب البناية ١٤/ ٢٨٠، وأطال.

(٢) من: وَحَاه، توحيةً: إذا عجَّله، والمراد: الإسراع والتعجيل في إزهاق الروح.

(٣) لفظ: والعَظْم: مثبت في نسخة ٩٨١هـ وفي الجامع الصغير ص ٢٣٠، والقل عنه.

(٤) أي إذا كان كلٌّ منها منزوعاً، لا في مكانه. حاشية نسخة ٩٨١هـ.

. . . .

وقال الشافعي[1] رحمه الله: المذبوحُ ميتةٌ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «كُلْ ما أنهَرَ الدمَ، وأَفْرَىٰ الأوداجَ، ما خلا الظفرَ والسِّنَّ، فإنهما[2] مُدَىٰ الحَبَشة»[3].

ولأنه فِعْلٌ غيرُ مشروعٍ، فلا يكونُ ذكاةً، كما إذا ذَبَحَ بغير المَنزوع.

ولنا: قولُه عليه الصلاة والسلام: «أَنْهِرِ الدمَ بما شئتَ»[4].

ويُروىٰ: «اِفْرِ الأوداجَ بما شئتَ»[5].

وما رواه: محمولٌ علىٰ غيرِ المنزوع، فإنَّ الحبشةَ كانوا يفعلون ذلك.

ولأنه آلةٌ جارحةٌ، فيحصُلُ به ما هو المقصودُ، وهو إخراجُ الدمِ، وصار كالحَجَر والحديد.

بخلاف غيرِ المَنزوع؛ لأنه يَقتُلُ بالثِّقَل، فيكونُ في معنىٰ المُنْخَنِقَة.

وإنما يُكره: لأنَّ فيه استعمالَ جزءِ الآدميِّ.

---

(١) المجموع ٩/٨٣.

(٢) وفي نُسخ: فإنها.

(٣) بلفظ: «ما أنهر الدمَ، وذُكر اسمُ الله عليه: فكُل، غير السن والظفر، فإن السن عظمٌ، والظفر مدىٰ الحبشة»: في صحيح البخاري (٣٠٧٥، ٥٤٩٨)، صحيح مسلم (١٩٦٨).

(٤) تقدم قريباً.

(٥) تقدم قريباً.

ويجوزُ الذَّبْحُ باللِّيطة، والمَرْوة، وكلِّ شيءٍ أنهر الدمَ، إلا السِّنَّ القائمَ، والظفرَ القائمَ، فإن المذبوحَ بهما ميتةٌ.

ويُستَحَبُّ أن يُحِدَّ الذابحُ شفرتَه.

ولأن فيه إعساراً علىٰ الحيوان، وقد أُمِرْنا فيه بالإحسان[١].

قال: (ويجوزُ الذَّبْحُ باللِّيطة[٢]، والمَرْوة، وكلِّ شيءٍ أنهر الدمَ، إلا السِّنَّ القائمَ، والظفرَ القائمَ، فإن المذبوحَ بهما ميتةٌ)؛ لِمَا بيَّنَّا.

ونصَّ محمدٌ رحمه الله في «الجامع الصغير[٣]» علىٰ أنها ميتةٌ؛ لأنه[٤] وَجَدَ فيه نصاً، وما لم يجد فيه نصاً: يَحتاطُ في ذلك، فيقولُ في الحِلِّ: لا بأسَ به، وفي الحُرْمة يقولُ: يُكره، أو: لم يُؤكَل.

قال: (ويُستَحَبُّ أن يُحِدَّ الذابحُ شفرتَه).

لقوله عليه الصلاة والسلام: «إن الله تعالىٰ كَتَبَ الإحسانَ علىٰ كلِّ شيءٍ، فإذا قَتَلْتُم: فأحسِنوا القِتْلةَ، وإذا ذَبَحتُم: فأحسِنوا الذِّبْحةَ، وليُحِدَّ أحدُكم شَفْرتَه، وليُرِحْ ذبيحتَه»[٥].

ويكره أن يُضجِعَها، ثم يُحِدَّ الشَّفْرةَ.

---

(١) سيأتي تخريجه بعد سطور قريبة.

(٢) قشر القصب، وأما المروة: فهو حجر أبيض رقيق يُذبح به كالسكين.

(٣) ص٢٣٠.

(٤) أي الإمام محمد رحمه الله.

(٥) صحيح مسلم (١٩٥٥).

ومَن بَلَغَ بالسكِّين النُّخَاعَ، أو قَطَعَ الرأسَ: كُره له ذلك، وتُؤكَلُ ذبيحتُه.

لِمَا رُوي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه رأىٰ رجلاً أضجعَ شاةً وهو يُحِدُّ شفرتَه، فقال: «لقد أردْتَ أن تُميتَها مَوْتاتٍ، هلاَّ حددَتْها قبلَ أن تُضجعَها»(١).

قال: (ومَن بَلَغَ بالسكِّين النُّخَاعَ، أو قَطَعَ الرأسَ: كُره له ذلك، وتُؤكَلُ ذبيحتُه).

وفي بعضِ النُّسَخ(٢): قَطَعَ: مكان: بَلَغَ.

والنُّخاعُ: عِرْقٌ أبيضُ في عَظْم الرَّقَبة(٣).

أما الكراهةُ: فلِمَا رُوي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه نهىٰ أن تُنْخَعَ الشاةُ إذا ذُبِحَت(٤).

---

(١) مصنف عبد الرزاق (٨٦٠٨)، مرسلٌ عن عكرمة، المستدرك للحاكم (٧٥٦٣)، وصححه، ووافقه الذهبي علىٰ تصحيحه، وينظر نصب الراية ٤/١٨٨.

(٢) أي نُسَخ القدوري. البناية ١٤/٢٨٧.

(٣) والمراد: خيطٌ أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد إلىٰ الصلب، ينظر البناية ١٤/٢٨٧ فقد توسع.

(٤) قال في الدراية ٢/٢٠٨: لم أجده، وتعقبه العلامة قاسم في منية الألمعي ص٤٠٥ أنه رواه محمد في الأصل ٥/٣٥٢ من مرسل سعيد بن المسيب.

وجاء بلفظ: نهىٰ عن الذبيحة أن تُفرس، أي تُنخع: عند الطبراني في الكبير (١٣٠١٣)، وسنن البيهقي (١٩١٣٦)، وقال: إسناده ضعيف، ورواه المقدسي في =

فإن ذَبَحَ الشاةَ من قَفَاها، فبقيتْ حيَّةً حتىٰ قَطَعَ العروقَ: حَلَّ، ويُكره.

وتفسيرُه: ما ذكرناه[١].

وقيل: معناه: أن يَمُدَّ رأسَه حتىٰ يَظهَرَ مَذْبَحُه.

وقيل: أن يكسِرَ عُنُقَه قبلَ أن يَسكُنَ من الاضطراب.

وكلٌّ ذلك مكروهٌ، وهذا لأن في جميع ذلك، وفي قَطْعِ الرأسِ: زيادةَ تعذيبِ الحيوانِ بلا فائدةٍ، وهو منهيٌّ عنه[٢].

والحاصلُ: أن ما فيه زيادةَ إيلامٍ لا يُحتاجُ إليه في الذكاة: مكروهٌ.

ويكره أن يَجُرَّ ما يريدُ ذبحَه برِجْله إلىٰ المَذْبح.

وأن يُنخِعَ الشاةَ قبلَ أن تَبرُدَ، يعني تَسكُنَ من الاضطراب.

وبعدَه: لا ألمَ: فلا يكره النَّخْعُ، والسَّلْخُ.

إلا أن الكراهةَ لمعنًى زائدٍ، وهو زيادةُ الألم قبلَ الذبح، أو بعده، فلا يوجِبُ التحريمَ، فلهذا قال: تُؤكَلُ ذبيحتُه.

قال: (فإن ذَبَحَ الشاةَ من قَفَاها، فبقيتْ حيَّةً حتىٰ قَطَعَ العروقَ: حلَّ)؛ لتحقُّقِ الموتِ بما هو ذكاةٌ، (ويُكره)؛ لأن فيه زيادةَ الألم من غير حاجةٍ، فصار كما إذا جَرَحَها، ثم قَطَعَ الأوداجَ.

الأحاديث المختارة ١١/١٦، وروىٰ شطره الأول دون مكان الشاهد الترمذيُّ (٣٢١٥)، وقال: حديثٌ حسنٌ.

(١) أراد به قوله: ومَن بلغ بالسكين النخاعَ.

(٢) تقدم النهي عن تعذيبها قبل قليل في الأحاديث التي ذكرها المصنف.

وإن ماتتْ قبلَ قَطْعِ العُروق : لم تُؤكَلْ.

وما استأنسَ من الصيد : فذكاتُه الذبحُ، وما توحَّشَ من النَّعَمِ : فذكاتُه العَقْرُ والجَرْحُ.

قال: (وإن ماتتْ قبلَ قَطْعِ العُروق: لم تُؤكَلْ)؛ لوجود الموتِ بما ليس بذكاةٍ فيها.

قال: (وما استأنسَ من الصيد: فذكاتُه الذبحُ، وما توحَّشَ من النَّعَمِ: فذكاتُه العَقْرُ والجَرْحُ)؛ لأن ذكاةَ الاضطرار إنما يُصارُ إليها عند العجز عن ذكاة الاختيار، علىٰ ما مرَّ، والعجزُ متحقِّقٌ في الوجهِ الثاني، دون الأول.

وكذا ما تردَّىٰ من النَّعَم في بئرٍ، ووقَعَ العَجْزُ عن ذكاة الاختيارِ؛ لِمَا بيَّنَّا.

وقال مالكٌ[1] رحمه الله: إنه لا يَحِلُّ بذكاة الاضطرار في الوجهَيْن؛ لأن ذلك نادرٌ.

ونحن نقولُ: المعتبرُ حقيقةُ العجزِ، وقد تحقَّق، فيُصارُ إلىٰ البدل، كيف وأنَّا لا نُسلِّمُ النُّدْرةَ، بل هو غالبٌ.

وفي «الكتاب[2]»: أطلق[3] فيما توحَّشَ من النَّعَم.

وعن محمدٍ رحمه الله: أن الشاةَ إذا نَدَّتْ في الصحراء: فذكاتُها العَقْرُ، وإن ندَّتْ في المصر: لا تَحِلُّ بالعَقْرِ؛ لأنها لا تَدفَعُ عن نفسها،

---

(١) ينظر التلقين ص٧٧.

(٢) أي مختصر القدوري. البناية ١٤/٢٩٣.

(٣) أي لم يفصل بين المصر والصحراء.

والمُستحبُّ في الإبل : النَّحْرُ، فإن ذَبَحَها : جاز، ويُكره.

والمُستحبُّ في البقر والغنمِ : الذَّبْحُ، فإن نَحَرَهما : جاز، ويُكره.

فيُمكنُ أَخْذُها في المصر، فلا عَجْزَ.

والمصرُ وغيرُه: سواءٌ في البقرِ والبعير؛ لأنهما يدفعان عن أنفسِهما، فلا يُقْدَرُ علىٰ أَخْذِهما، وإن ندَّا في المصر: فيتحقَّقُ العجزُ.

والصِّيَالُ[1]: كالنَّدِّ إذا كان لا يَقدِرُ علىٰ أَخْذِه، حتىٰ لو قَتَلَه المصولُ عليه، وهو يريدُ الذكاةَ: حَلَّ أَكْلُه.

قال: (والمُستحبُّ في الإبل: النَّحْرُ[2]، فإن ذَبَحَها: جاز، ويُكره.

والمُستحبُّ في البقر والغنمِ: الذَّبْحُ، فإن نَحَرَهما: جاز، ويُكره).

أما الاستحبابُ: فلموافقة السُّنَّةِ المتوارَثة[3].

ولاجتماع العُروقِ فيها في المَنحَر، وفيهما: في المَذبِحِ.

وأما الكراهةُ: فلمخالفةِ السُّنَّة، وهي لمعنىً في غيرِه[4]، فلا يَمنعُ الجوازَ والحِلَّ.

---

(١) أي الوثوب، من: وثب، يثب.

(٢) وهو قطع العروق في أسفل العنق عند الصدر والحال أن الحيوان قائمٌ، أما الذبح فيكون الحيوان مضطجعاً.

(٣) وفي نسخة ٩٨١هـ، و١٠٣٨هـ، : المتواترة، وتقدم في الحج، فنحر الإبل في البخاري (١٧١٢)، وذبح البقر: في مسلم (١٢١١)، وذبح الغنم: ففي مسلم (١١٩٦).

(٤) أي إن الكراهة لمعنىً في غير الذبح.

ومَن نَحَرَ ناقةً، أو ذَبَحَ بقرةً أو شاةً، فوَجَدَ في بَطْنِها جنيناً ميتاً: لم يُؤكَلْ، أشعَرَ أو لم يُشعِرْ.

خلافاً لِمَا يقولُه مالكٌ[1] رحمه الله: إنه لا يَحِلُّ.

قال: (ومَن نَحرَ ناقةً، أو ذَبَحَ بقرةً أو شاةً، فوَجَدَ في بَطْنِها جنيناً ميتاً: لم يُؤكَلْ، أشعَرَ[2] أو لم يُشعِرْ)، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وهو قولُ زفرَ والحسنِ بن زياد رحمهما الله.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: إذا تَمَّ خَلْقُه: أُكِلَ، وهو قولُ الشافعيِّ[3] رحمه الله.

لقوله عليه الصلاة والسلام: «ذكاةُ الجنينِ: ذكاةُ أُمِّه»[4].

ولأنه جزءٌ من الأمِّ حقيقةً؛ لأنه متصلٌ بها، حتىٰ يُفصَلُ بالمِقْراضِ، ويَتغذَّىٰ بغِذائها، ويتنفَّسُ بتنفُّسها.

وكذا حُكماً، حتىٰ يَدخلُ في البيع الواردِ علىٰ الأمِّ، ويَعتِقُ بإعتاقها.

---

(١) أي عند مالك رحمه الله ما ذُكِّيَ بغير سنته لغير ضرورة: لا يُؤكل تحريماً، وقيل: كراهةً. ينظر التلقين ص٧٨.

(٢) أشعر الجنين: إذا نبت شعره.

(٣) المجموع ١٢٨/٩.

(٤) سنن الترمذي (١٤٧٦)، وقال: حديث حسن، سنن أبي داود (٢٨٢٨)، وله طرقٌ تنتهض بها الحجة، كما في التلخيص الحبير ١٥٦/٤، وحسَّنه المنذري في اختصار سنن أبي داود ١٢٠/٤، نصب الراية ١٨٩/٤.

. . . .

وإذا كان جزءاً منها: فالجَرْحُ في الأمِّ: ذَكاةٌ له عند العجز عن ذكاته، كما في الصيد.

وله[١]: أنه[٢] أصلٌ في الحياة، حتىٰ تُتَصوَّرُ حياتُه بعد موتها، وعند ذلك: يُفرَدُ بالذكاة، ولهذا يُفرَدُ بإيجاب الغُرَّةِ، ويَعتِقُ بإعتاقٍ مضافٍ إليه، وتصحُّ الوصيةُ له، وبه.

وهو حيوانٌ دمويٌّ، وما هو المقصودُ من الذكاة، وهو المَيْزُ بين الدم واللحم: لا يَتحصَّلُ بجَرْحِ الأمِّ، إذ هو ليس بسببٍ لخروج الدمِ عنه[٣]، فلا يُجعَلُ تَبَعاً في حقِّه.

بخلاف الجَرْحِ في الصيد؛ لأنه سببٌ لخروجه ناقصاً، فيُقامُ مَقامَ الكاملِ فيه عند التعذُّر.

وإنما يَدخلُ في البيع: تحرِّياً لجوازه؛ كي لا يَفسدَ باستثنائه.

ويَعتِقُ بإعتاقِها: كي لا ينفصلَ من الحرَّة ولدٌ رقيقٌ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي للإمام أبي حنيفة رحمه الله.

(٢) أي الجنين.

(٣) أي عن الجنين.

فصلٌ

فيما يَحِلُّ أَكْلُه، وما لا يَحِلُّ

ولا يجوزُ أَكْلُ ذِي نابٍ من السِّباع، ولا ذِي مِخْلَبٍ من الطيور.

فصلٌ

فيما يَحِلُّ أَكْلُه، وما لا يَحِلُّ

قال: (ولا يجوزُ أَكْلُ ذِي نابٍ من السِّباع، ولا ذِي مِخْلَبٍ من الطيور)؛ لأنَّ النبيَّ عليه الصلاة والسلام نهىٰ عن أَكْلِ كلِّ ذي مِخلَبٍ من الطيور، وكلِّ ذي نابٍ من السِّباع[1].

وقولُه[2]: من السِّباع: ذُكِرَ عَقِيبَ النوعَيْن[3]، فينصرفُ إليهما، فيتناولُ سِبَاعَ الطيورِ والبهائمِ؛ لا كلَّ ما له مِخلَبٌ[4]، أو نابٌ.

والسَّبُعُ: كلُّ مختَطِفٍ، منتَهِبٍ، جارحٍ، قاتلٍ، عادٍ عادةً.

ومعنىٰ التحريمِ، والله أعلم: كرامةُ بني آدم؛ كي لا يَعدُوَ[5] شيءٌ من هذه الأوصافِ الذميمةِ إليهم بالأَكْل[6].

---

(١) صحيح مسلم (١٩٣٤).

(٢) صلىٰ الله عليه وسلم.

(٣) أي ذي مخلب وذي ناب.

(٤) كالحمامة، فلها مِخلب، والبعير، فله نابٌ.

(٥) وفي نُسخ: يتعدَّىٰ.

(٦) حيث إن الأكل يُؤثِّر في آكله.

ولا بأس بغُرابِ الزَّرْع.

ولا يُؤكَلُ الأَبْقَعُ الذي يأكُلُ الجِيَفَ.

ويَدخلُ فيه[١]: الضَّبُعُ[٢]، والثعلبُ، فيكونُ الحديثُ حُجَّةً علىٰ الشافعي[٣] رحمه الله في إباحتِهما.

والفيلُ: ذو نابٍ، فيُكرَه.

واليَرْبوعُ، وابنُ عُرْسٍ: من سِبَاع الهوامِّ.

وكرهوا أكلَ الرَّخَم[٤]، والبُغَاثِ[٥]؛ لأنهما يأكلان الجِيَفَ.

قال: (ولا بأس بغُرابِ الزَّرْع)؛ لأنه يأكلُ الحَبَّ، ولا يأكلُ الجِيَفَ، وليس من سباعِ الطير.

قال: (ولا يُؤكَلُ الأَبْقَعُ[٦] الذي يأكُلُ الجِيَفَ)، وكذا الغُدَافُ[٧].

---

(١) أي في التحريم. البناية ١٤/٣٠٢.

(٢) سيأتي بعد قليل في بداية المبتدي حكم أكل الضبع.

(٣) الحاوي الكبير ١٥/١٣٨.

(٤) جَمْع: رَخْمَة، وهو طائرٌ يأكل الجيَفَ، ولا يصطاد، ولونه البياض، يُشبه النسر في الخِلقة. البناية ١٤/٣٠٧.

(٥) طائر دون الرخمة، لونه إلىٰ الغبرة، لا يصيد، وهو من لئام الطير وشِراره، وفي المَثَل: «إن البُغاثَ بأرضنا يَستنسرُ»، أي عَزَّ بنا. البناية ١٤/٣٠٨، وفي مجمع الأمثال للميداني ١/١٠: مَثَلٌ يُضرب للضعيف يصير قوياً، وللذليل يَعِزُّ بعد الذُّل.

(٦) نوعٌ من الغراب، جسمه صغير.

(٧) نوعٌ من الغراب، يكون ضخماً.

ويكره أكلُ الضَّبُعِ، والضَّبِّ، والسُّلَحْفاةِ، والزُّنْبورِ، والحشراتِ كلِّها.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا بأس بأكلِ العَقْعَقِ؛ لأنه يَخلِطُ[1]، فأشبه الدجاجةَ.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يُكره؛ لأنَّ غالبَ أكلِه الجِيَفُ.

قال: (ويكره[2] أكلُ الضَّبُعِ، والضَّبِّ، والسُّلَحْفاةِ، والزُّنْبورِ، والحشراتِ كلِّها).

أما الضَّبُع: فلِمَا ذَكَرْنا.

وأما الضَّبُّ: فلأن النبيَّ عليه الصلاة والسلام نهىٰ عائشةَ رضي الله عنها عنه حين سألَتْه عن أَكْلِه[3].

---

(١) أي يَخلِطُ الجيفَ بشيءٍ آخر.

(٢) أي تحريماً، وفي أول هذا الباب حين قال: لا يجوز أكل كل ذي ناب، قال: ويدخل فيه: الضبع، أي في أنه حرامٌ لا يجوز.

(٣) سنن أبي داود (٣٧٩٦)، ولكن ليس عن عائشة رضي الله عنها، وفيه: أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم نهىٰ عن أكل الضب، قال في الدراية ٢/٢٠٩: لم أجده عن عائشة رضي الله عنها، ثم قال عن رواية أبي داود: إسنادُه شاميٌّ، ولا يخلو من مقال. اهـ، قلت: لكن حسَّن إسنادَه في فتح الباري ٩/٦٦٥، وتعقَّب مَن ضعَّفه.

وكذلك ناقش العلامة قاسم في التعريف والإخبار ٤/٣٥ ما قيل عن إسناده، ودَفَعَه، وقوَّاه بما رواه أحمد (١٧٧٥٩)، والطبراني في الكبير كما في مجمع الزوائد (٦٠٥٨) مِن أَمْره صلىٰ الله عليه وسلم للصحابة بإكفاء القدور التي كانوا يطبخون فيها الضباب، فأكفؤوها وهم جياعٌ. =

ولا يجوزُ أَكْلُ لحمِ الحُمُرِ الأهلية، والبِغَال.

وهو حجةٌ علىٰ الشافعيِّ[١] رحمه الله في إباحته.

والزُّنْبورُ: من المُؤْذِيات.

والسُّلَحْفاةُ: من خبائثِ الحشرات.

ولهذا لا يجبُ علىٰ المُحرِمِ بقتله[٢] شيءٌ.

وإنما تُكره الحشراتُ كلُّها: استدلالاً بالضبِّ[٣]؛ لأنه منها.

قال: (ولا يجوزُ أَكْلُ لحمِ الحُمُرِ الأهلية، والبِغَال).

لِمَا روىٰ خالدُ بنُ الوليد رضي الله عنه أنَّ النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم نهىٰ عن لُحومِ الخيل، والبِغال، والحمير[٤].

وعن عليٍّ رضي الله عنه أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام أَهْدَرَ المُتْعَةَ[٥]،

كما ذكر رواية الطحاوي (شرح معاني الآثار ٦٣٥٧) عن محمد بن الحسن بسنده إلىٰ عائشة رضي الله عنها أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أُهديَ له ضبٌّ، فلم يأكله، فقام عليهم سائلٌ، فأرادت عائشةُ رضي الله عنها أن تُعطيَه، فقال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: أتعطينه ما لا تأكلين؟!

(١) الحاوي الكبير ١٥/١٣٨.

(٢) أي بقتل كل واحد منهما، وهو الزنبور والسلحفاة. البناية ١٤/٣١٤.

(٣) أي لأن الضب من الحشرات، ويكره أكله.

(٤) سنن أبي داود (٣٧٩٠)، سنن النسائي (٤٣٣١)، سنن ابن ماجه (٣١٩٨)، وفيه مقالٌ، كما في التعريف والإخبار ٤/٣١، الدراية ٢/٢١٠.

(٥) أي نكاح المتعة.

ويُكرهُ لحمُ الفَرَس عند أبي حنيفة رحمه الله.

وحَرَّم لحومَ الحُمُرِ الأهلية يومَ خَيْبر[١].

قال: (ويُكرهُ لحمُ الفَرَس عند أبي حنيفة رحمه الله).

وهو قولُ مالكٍ[٢] رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ والشافعيُّ[٣] رحمهم الله: لا بأس بأكله؛ لحديث جابر رضي الله عنه أنه قال: نهىٰ رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم عن لحوم الحُمُرِ الأهلية، وأَذِنَ في لحوم الخيلِ يومَ خيبر[٤].

ولأبي حنيفة رحمه الله: قولُه تعالىٰ: ﴿وَٱلۡخَيۡلَ وَٱلۡبِغَالَ وَٱلۡحَمِيرَ لِتَرۡكَبُوهَا وَزِينَةً﴾. النحل/٨.

خَرَجَ مَخرجَ الامتنانِ، والأكلُ: من أعلىٰ منافعِها، والحَكيمُ لا يَتركُ الامتنانَ بأعلىٰ النِّعَم، ويَمْتَنُّ بأدناها[٥].

ولأنه آلةُ إرهابِ العدوِّ، فيُكره أكلُه؛ احتراماً له، ولهذا يُضرَبُ له

---

(١) بلفظ: نهىٰ عن متعة النساء يوم خيبر، وعن أكل الحمر الأنسية: في صحيح البخاري (٤٢١٦)، صحيح مسلم (١٤٠٧)، وينظر الدراية ٢/٢١٠.

(٢) للمالكية ثلاثة أقوال في الخيل: الكراهة والتحريم والإباحة. ينظر مواهب الجليل ٢/٢٣٥، حاشية العدوي علىٰ شرح الخرشي علىٰ خليل ١/٩٤.

(٣) المهذب ١/٤٤٩.

(٤) صحيح البخاري (٥٥٢١)، صحيح مسلم (١٩٤١).

(٥) ينظر لوجه الدلالة هذا البناية ١٤/٣٢٠.

ولا بأس بأَكْل الأَرْنبِ.

وإذا ذُبِحَ ما لا يُؤكَلُ لحمُه: طَهُرَ لحمُه، وجلدُه، إلا الآدميَّ، والخنزيرَ، فإن الذكاةَ لا تَعمَلُ فيهما.

بسهمٍ في الغنيمة[١].

ولأن في إباحته تقليلَ آلةِ الجهاد.

وحديثُ جابرٍ رضي الله عنه معارَضٌ بحديث خالدٍ رضي الله عنه، والترجيحُ للمُحَرِّم.

ثم قيل: الكراهةُ عنده[٢]: كراهةُ تحريم، وقيل: كراهةُ تنزيهٍ، والأولُ أصحُّ.

وأما لَبَنُه: فقد قيل: لا بأس به؛ لأنه ليس في شُرْبِه تقليلُ آلةِ الجهاد.

قال: (ولا بأس بأَكْلِ الأَرْنبِ)؛ لأن النبيَّ عليه الصلاة والسلام أَكَلَ منه حين أُهدِيَ إليه مَشْوِيّاً، وأَمَرَ أَصحابَه رضي الله عنهم بالأكل منه[٣].

ولأنه ليس من السِّباع، ولا مِن أَكَلَةِ الجِيَف، فأشبه الظبيَ.

قال: (وإذا ذُبِحَ ما لا يُؤكَلُ لحمُه: طَهُرَ لحمُه، وجلدُه، إلا الآدميَّ، والخنزيرَ، فإن الذكاةَ لا تَعمَلُ فيهما).

---

(١) فيكون للفارس سهمان.

(٢) أي عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله.

(٣) بمعناه في السنن الكبرىٰ للنسائي (٢٧٤٢)، وصححه ابن حبان (٣٦٥٠)، وينظر الدراية ٢/٢١١، التعريف والإخبار ٤/٣٩.

. . . .

أما الآدميُّ: فلحُرْمته وكرامتِه، والخنزيرُ: لنجاستِه، كما في الدباغ.

وقال الشافعيُّ[١] رحمه الله: الذكاةُ لا تُؤثِّر في جميع ذلك[٢]؛ لأنه لا تُؤثِّرُ[٣] في إباحة اللحم أصلاً، وفي طهارته[٤] وطهارةِ الجلد تَبَعاً، ولا تَبَعَ بدون الأصل، وصار كذَبْح المجوسي[٥].

ولنا: أن الذكاةَ مؤثِّرةٌ في إزالة الرُّطوبات والدماءِ السيَّالة، وهي النجسةُ[٦]، دون ذاتِ الجلدِ واللحم[٧]، فإذا زالت[٨]: طَهُرَ[٩]، كما في الدباغ.

---

(١) الحاوي الكبير ٤/٢٠٤.

(٢) أي في اللحم والجلد وسائر الأجزاء.

(٣) وفي نُسخ بدون لفظ: لا، وفي أخرىٰ أُثبت لفظ: لا، ثم مُسح، وهي غير مثبتة أيضاً في كلام العيني في البناية ١٤/٣٢٨، وكذلك في طبعة حاشية اللكنوي ٢/٤٤٢. قلت: الصواب والله أعلم مع إثباتها، كما هو في طبعات الهداية القديمة.

ويؤكد هذا نصوص كتب الشافعية، ومنها نص المهذب ١/٢٨ قال: والذكاة لا تبيح ما لا يؤكل لحمه، فلأن لا يبيح الدباغ أَوْلىٰ. اهـ

(٤) أي طهارة اللحم.

(٥) حيث لا يفيد إباحة الأكل ولا غيره.

(٦) وفي نُسخ: المنجِّسة.

(٧) أي لا تؤثر أصلاً في الجلد واللحم.

(٨) تلك الرطوبات والدماء السيالة النجسة.

(٩) أي الجلد.

ولا يُؤكَلُ من حيوان الماءِ إلا السمكُ.

وهذا[١] الحُكمُ مقصودٌ في الجلد، كالتناول في اللحم.

وفِعْلُ المجوسيِّ[٢]: إماتةٌ في الشرعِ، فلا بدَّ من الدباغ.

وكما يَطهُرُ لحمُه[٣]: يطهُرُ شحمُه، حتىٰ لو وقع في الماء القليل: لا يُفسِدُه؛ خلافاً له[٤].

وهل يجوز الانتفاعُ به في غير الأكل[٥]؟

قيل: لا يجوز، اعتباراً بالأكل.

وقيل: يجوزُ، كالزيت إذا خالطه وَدَكُ[٦] الميتة، والزيتُ غالِبٌ: لا يؤكلُ، ويُنتَفَعُ به في غير الأكل.

قال: (ولا يُؤكَلُ من حيوان الماءِ إلا السمكُ).

---

(١) هذا جوابٌ عن قول الإمام الشافعي رحمه الله، أي الطهارةُ حكمٌ مقصودٌ في الجلد، كالتناول في اللحم. البناية ١٤/٣٢٨، ويتنبه لكلام العيني حيث حُذف منه لفظ: لا، من كلام الإمام الشافعي.

(٢) هذا جوابٌ عن قياس الشافعي رحمه الله.

(٣) أي كما يطهر لحم مالا يُؤكل بذبحه: يطهر شحمُه.

(٤) أي خلافاً للإمام الشافعي في أن شحمه أيضاً لا يطهر، كلحمه وجلده.

(٥) بنحو الاستصباح.

(٦) أي الدسم.

. . . .

وقال مالكٌ[١] رحمه الله وجماعةٌ من أهل العلم[٢] رحمهم الله: بإطلاق[٣] جميع ما في البحر.

واستثنىٰ بعضُهم الخنزيرَ، والكلبَ، والإنسانَ[٤].

وعن الشافعي[٥] رحمه الله: أنه أطلق ذلك كلَّه.

والخلافُ في الأكل، والبيع[٦]: واحدٌ.

لهم: قولُه تعالىٰ: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ﴾. المائدة/٩٦، من غير فَصْلٍ.

وقولُه عليه الصلاة والسلام في البحر: «هو الطَّهورُ ماؤه، والحِلُّ مَيْتَتُه»[٧].

ولأنه لا دمَ في هذه الأشياءِ، إذِ الدمويُّ لا يَسكنُ الماءَ، والمُحَرَّمُ هو الدمُ، فأشبه السمكَ.

---

(١) ينظر التلقين ص٨٠.

(٢) أراد بهم ابن أبي ليلىٰ والشافعي في قول وأصحاب الظواهر رحمهم الله. البناية ١٤/٣٣٠.

(٣) أي بإباحة.

(٤) أي خنزير البحر وكلبه وإنسانه، وهو قول الليث رحمه الله. البناية ١٤/٣٣٠.

(٥) الحاوي الكبير ٥/١٥٥، ١٥/٦٠.

(٦) أي الخلاف في جواز الأكل، وجواز البيع.

(٧) تقدم في الطهارة، وقد أخرجه مالك في الموطأ (١٢)، والترمذي (٦٩)، وقال: حسن صحيح، وحكَم ابن عبد البر بصحته؛ لتلقِّي العلماء له بالقبول، وصححه غيره. اهـ، كما في التلخيص الحبير ١/٩، وينظر نصب الراية ١/٩٦.

. . . .

ولنا[(١)]: قولُه تعالىٰ: ﴿ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ ﴾. الأعراف/١٥٧، وما سوىٰ السمكِ: خبيثٌ.

ونهىٰ رسولُ الله عليه الصلاة والسلام عن دواءٍ يُتَّخذُ فيه الضِّفْدِعُ[(٢)].

ونهىٰ رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم عن بيع السَّرَطان[(٣)].

والصيدُ المذكورُ فيما تُلِيَ[(٤)]: محمولٌ علىٰ الاصطياد، وهو مباحٌ فيما لا يَحِلُّ[(٥)].

والميتةُ المذكورةُ فيما رُوِيَ[(٦)]: محمولٌ[(٧)] علىٰ السمك، وهو حلالٌ مستثنىً عن ذلك؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «أُحِلَّتْ لنا مَيْتتان ودمان،

---

(١) وجاء خطأً في طبعات الهداية القديمة: قلنا.

(٢) سنن أبي داود (٥٢٦٩)، سنن النسائي (٤٣٥٥)، مسند أحمد (١٥٧٥٧)، المستدرك للحاكم (٨٢٦١)، وصححه، ووافقه الذهبي، الدراية ٢/٢١٢.

(٣) قال في الدراية ٢/٢١٢: لم أجده، وفي البناية ١٤/٣٣١: ليس له أصل.

(٤) وفي نُسخ: تلا، وفي أخرىٰ: تلاه، ورجَّح في البناية ١٤/٣٣٢ أنه علىٰ صيغة المجهول: تُلِيَ، وأنه هكذا في النُّسخ الصحيحة. اهـ، والمراد: قوله تعالىٰ: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ﴾.

(٥) أي لمنافع أخرىٰ، غير الأكل.

(٦) هكذا جاء الضبط في نُسخٍ من الهداية، وهو ما رجَّحَه العيني في البناية ١٤/٣٣٢ وأنه علىٰ صيغة المجهول، وقال: علىٰ ما لا يخفىٰ علىٰ الفَطِن. اهـ

(٧) أي لفظ: الميتة: محمول. وفي طبعات الهداية القديمة: محمولةٌ.

ويُكره أَكْلُ الطَّافِي منه.

أما الميتتان: فالسمكُ والجَرَادُ، وأما الدمان: فالكَبِدُ والطِّحَال»[١].

قال: (ويُكره أَكْلُ الطَّافِي[٢] منه).

وقال مالكٌ[٣] والشافعيُّ[٤] رحمهما الله: لا بأس به؛ لإطلاق ما رَوَيْنا.

ولأنَّ ميتةَ البحر موصوفةٌ بالحِلِّ بالحديث[٥].

ولنا: ما روىٰ جابرٌ رضي الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «ما نَضَبَ عنه الماءُ: فكُلُوا، وما لَفَظَه الماءُ: فكُلُوا، وما طفا: فلا تأكلوا»[٦].

---

(١) سنن ابن ماجه (٣٣١٤)، مسند أحمد (٥٧٢٣)، سنن البيهقي (١٨٩٩٧)، كلهم عن ابن عمر مرفوعاً، وموقوفاً، وقد رجَّح الدارقطني والبيهقي وقفه علىٰ ابن عمر رضي الله عنهما، وهو عنه بإسناد صحيح، وأن له حكم الرفع، وقد تُكلم في سند المرفوع، وأن فيه ضعفاء، ولكن له متابعات حكم عليه معها بأنه حسن، وينظر التلخيص الحبير ١/٢٦، فتح الباري ٩/٦٢١، نصب الراية ٤/٢٠٢.

(٢) هو الذي يموت في الماء حَتْفَ أنفه من غير سبب معلوم، ويعلو علىٰ وجه الماء. البناية ١٤/٣٣٣.

(٣) ينظر التلقين ص٨٠.

(٤) الحاوي الكبير ١٥/١٦٤.

(٥) المتقدم قريباً.

(٦) سنن أبي داود (٣٨١٥)، سنن ابن ماجه (٣٢٤٧)، شرح مشكل الآثار (٤٠٢٦)، وفيه مقال، الدراية ٢/٢١٣.

ولا بأس بأكل الجِرِّيثِ، والمَارْمَاهي، وأنواعِ السمكِ، والجَرَادِ بلا ذكاةٍ.

وعن جماعةٍ من الصحابة[1] رضوانُ الله عنهم أجمعين: مثلُ مذهبِنا.

وميتةُ البحر: ما لَفَظَه البحرُ؛ ليكون موتُه مضافاً إلىٰ البحر، لا ما مات فيه من غيرِ آفةٍ.

قال: (ولا بأس بأكل الجِرِّيثِ، والمَارْمَاهي، وأنواعِ السمكِ، والجَرَادِ بلا ذكاةٍ).

وقال مالكٌ[2] رحمه الله: لا يَحِلُّ الجرادُ إلا أن يَقطعَ الآخِذُ رأسَه، أو يَشوِيَه؛ لأنه صيدُ البَرِّ، ولهذا يجبُ علىٰ المُحرِمِ بقتله جزاءٌ يَليقُ به[3]، فلا يَحِلُّ إلا بالقتل، كما في سائره.

والحجةُ عليه: ما رَوَيْنا.

وسئل عليٌّ رضي الله عنه عن الجراد يأخذُه الرجلُ من الأرض، وفيها الميتُ وغيرُه، فقال: كُلْهُ كُلَّه[4].

---

(١) مصنف ابن أبي شيبة (١٩٧٥٠)، الدراية ٢/٢١٣.

(٢) ينظر التلقين ص٨٠.

(٣) أي يتصدق بما شاء. البناية ١٤/٣٣٨.

(٤) قال في نصب الراية ٤/٢٠٥: غريب بهذا اللفظ، وفي الدراية ٢/٢١٣: لم أجده، وأخرج عبد الرزاق في مصنفه (٨٧٦١) عن علي رضي الله عنه قال: «الحِيْتان والجراد ذَكِيٌّ كله». اهـ، وتعقبهما العلامة قاسم في منية الألمعي ص ٤٠٥ فقال: رواه محمد بن الحسن في الأصل ٥/٣٥٦ بهذا اللفظ.

. . . .

وهذا عُدَّ من فَصاحته، ودَلَّ[١] علىٰ إباحته وإن مات حَتْفَ أنفِه.

بخلاف السمك إذا مات من غيرِ آفةٍ؛ لأنَّا خَصَّصْناه[٢] بالنصِّ الوارد في الطافي.

ثم الأصلُ في السمك عندنا: أنه إذا مات بآفةٍ: يَحِلُّ كالمأخوذ، وإذا مات حَتْفَ أنفِه من غير آفةٍ: لا يَحِلُّ، كالطافي.

وتَنْسَحِبُ عليه فروعٌ كثيرةٌ، بيَّنَّاها في «كفاية المنتهي»، وعند التأمُّلِ يقفُ المُبرِّزُ[٣] عليها.

منها: إذا قُطِعَ بعضُها، فمات: فيَحِلُّ أَكْلُ ما أُبِيْنَ، وما بقيَ؛ لأن موتَه بآفةٍ، وما أُبِيْنَ من الحيِّ وإن كان ميتاً: فمَيْتتُه حلالٌ.

وفي الموت بالحَرِّ والبَرْدِ[٤]: روايتان[٥]، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي قول علي رضي الله عنه.

(٢) أي خصصنا النص الوارد في إباحة السمك الميت بالنص الوارد في الطافي.

(٣) أي المخرِّج لهذه الفروع. حاشية نسخة ٧٩٧هـ، والمبرِّز: مَن فاق أصحابه فضلاً. البناية ١٤/٣٣٩.

(٤) أي حَرِّ الماء وبَرْده.

(٥) نقل صاحب البناية ١٤/٣٤٠ عن خُواهَر زاده، وكذلك عن العيون: أنه علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يحل، وعلىٰ قول محمد رحمه الله: يحل.

كتاب الأُضْحِيَة

الأُضْحِيَةُ واجبةٌ علىٰ كلِّ حُرٍّ، مسلمٍ، مُقيمٍ، مُوسِرٍ، في يوم الأضحىٰ، عن نفسِه، وعن أولاده الصِّغَار.

كتاب الأُضْحِيَة

قال: (الأُضْحِيَةُ[1] واجبةٌ علىٰ كلِّ حُرٍّ، مسلمٍ، مُقيمٍ، مُوسِرٍ، في يوم الأضحىٰ، عن نفسِه، وعن أولاده[2] الصِّغَار[1]).

---

(١) ضَبط لفظ: الأُضْحِية: في غالب نُسخ الهداية بتشديد الياء، وجاء في بعضها بالتخفيف، ولكن لم أجد في كتب المعاجم مَن نصَّ علىٰ جواز تخفيفها، ثم وجدتُ ابنَ الملقن في التوضيح لشرح الجامع الصحيح ٥٦٣/٢٦ صرَّح بجواز تشديد الياء وتخفيفها، وبالتخفيف تُجمع علىٰ: أضاحٍ، بلا ياءٍ في الرفع والخفض، وتَثبت في النصب، وبالتشديد تُجمع علىٰ: أضاحِيّ.

ونقل ابن الملقن ذلك عن الإمام الفقيه المحدِّث اللغوي الكبير السَّرَقُسْطي الأندلسي ثابت بن حزم، المتوفىٰ سنة ٣١٣هـ، عن خمس وتسعين سنة، صاحب كتاب «الدلائل علىٰ معاني الحديث بالشاهد والمَثَل»، مخطوط، وهو في الغريب مما لم يَذكره أبو عبيد ولا ابنُ قتيبة، وكان قد بدأ به ابنُه الإمام قاسم بن ثابت، ثم توفي شاباً سنة ٣٠٢هـ. ينظر سير أعلام النبلاء ٥٦٢/١٤، تذكرة الحفاظ ٨٦٩/٣.

ونصَّ علىٰ التشديد والتخفيف العينيُّ في عمدة القاري ١٤٤/٢١ نقلاً عن الدلائل للسرقسطي أيضاً، وكذا القسطلانيُّ في إرشاد الساري ٣٩٨/٨، والجُبِّيُّ (لم أقف علىٰ سنة وفاته) في شرح غريب ألفاظ المدوَّنة، (طبعة دار الغرب).

(٢) وفي نُسخ: وُلْده.

. . . .

أما الوجوب: فقولُ أبي حنيفة ومحمدٍ وزفرَ والحسنِ، وإحدىٰ الروايتين عن أبي يوسف رحمهم الله.

وعنه[٢]: أنها سُنَّةٌ، ذَكَرَه في «الجوامع[٣]»، وهو قولُ الشافعي[٤] رحمه الله.

وذكر الطحاويُّ أنَّ علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله واجبةٌ، وعلىٰ قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: سُنَّةٌ مؤكدةٌ.

وهكذا ذَكَرَ بعضُ المشايخِ رحمهم الله الاختلافَ.

وجهُ السُّنَّة: قولُه عليه الصلاة والسلام: «مَن أراد أن يُضحِّيَ منكم: فلا يأخُذْ من شعرِه وأظفارِه شيئاً»[٥]، والتعليقُ بالإرادة: ينافي الوجوبَ.

ولأنها لو كانت واجبةً علىٰ المقيم: لوَجَبَتْ علىٰ المسافر؛ لأنهما لا يختلفان في الوظائف الماليَّة، كالزكاة، وصار كالعَتِيرة[٦].

---

(١) سيأتي في كلام المصنِّف أن ظاهر الرواية: لا تجب عليه عن وُلْده الصغار.

(٢) أي عن أبي يوسف رحمه الله.

(٣) هو اسم كتاب في الفقه للإمام أبو يوسف رحمه الله. البناية ١٤/٣٤٤، وقد صنَّفه أبو يوسف لأجل البرامكة، وسمَّاه: جوامع البرامكة. حاشية نسخة ٧٩٧هـ.

(٤) المهذب ١/٤٣٢.

(٥) صحيح مسلم (١٩٧٧).

(٦) وهي ذبيحةٌ كانت واجبةً، تُقامُ في رجب، ثم نسخَتْها الأضحية، وسيأتي بعد قليل تعريفُها في كلام المصنِّف، وينظر البناية ١٤/٣٤٥.

. . . .

ووجهُ الوجوب: قولُه عليه الصلاة والسلام: «مَن وَجَدَ سَعَةً، ولم يُضَحِّ: فلا يَقربَنَّ مُصلاَّنا»[١].

ومثلُ هذا الوعيدِ لا يُلحَقُ بتَرْك غيرِ الواجب.

ولأنها قُربةٌ يُضافُ إليها وقتُها، يُقالُ: يومُ الأضحىٰ، وذلك يُؤذِنُ بالوجوب؛ لأن الإضافةَ للاختصاص، وهو بالوجود، والوجوبُ هو المُفضي إلىٰ الوجودِ ظاهراً بالنظر إلىٰ الجنس، غيرَ أن الأداءَ يختصُّ بأسبابٍ يَشُقُّ علىٰ المسافرِ استحضارُها، ويَفوتُ بمُضِيِّ الوقت، فلا تجبُ عليه، بمنزلة الجمعة.

والمرادُ بالإرادة فيما رُوي[٢]، والله أعلم: ما هو ضدُّ السَّهو، لا التخيير[٣].

والعتيرةُ: منسوخةٌ، وهي شاةٌ تُقامُ في رجبَ، علىٰ ما قيل.

وإنما اختَصَّ الوجوبُ بالحرية: لأنها وظيفةٌ ماليةٌ، لا تتأدَّىٰ إلا بالملك، والمالكُ هو الحُرُّ.

---

(١) سنن ابن ماجه (٣١٢٣)، مسند أحمد (٨٢٧٣)، وفي الدراية ٢/٢١٣: اختُلف في وقفه ورفعه، والذي رَفَعَه ثقةٌ.

(٢) هذا جوابٌ عما استدلوا به من قوله صلىٰ الله عليه وسلم: «مَن أراد أن يضحِّيَ منكم». البناية ١٤/٣٤٧، وفي نُسخ: رَوَىٰ. بالمعلوم. أي الشافعي رحمه الله.

(٣) أي ليس المراد التخيير بين الترك والإباحة، فصار كأنه قال: مَن قَصَدَ أن يضحي منكم، وهذا لا يدل علىٰ نفي الوجوب. البناية ١٤/٣٤٨.

. . . .

وبالإسلامِ: لكونها قُرْبةٌ.

وبالإقامة: لِمَا بيَّنَّاه.

وباليسارِ: لِمَا روينا من اشتراط السَّعَة.

ومقدارُه: ما تجبُ به صدقةُ الفطر، وقد مَرَّ في الصوم.

وبالوقت، وهو يومُ الأضحىٰ: لأنها مختصَّةٌ به، وسنبيِّنُ مقدارَه إن شاء الله تعالىٰ.

وتجبُ عن نفسِه: لأنه أصلٌ في الوجوب عليه، علىٰ ما بيَّنَّاه.

وعن وَلَدِه الصغار: لأنه في معنىٰ نفسِه، فيُلْحَقُ به، كما في صدقة الفطر، وهذه روايةُ الحسنِ عن أبي حنيفة رحمهما الله.

ورُوِي عنه[1]: أنه لا تجبُ عن وَلَدِه، وهو ظاهرُ الرواية[2].

بخلاف صدقةِ الفطر؛ لأن السببَ هناك رأسٌ يَمُونُه، ويلي عليه، وهما موجودان في الصغير، وهذه قُرْبةٌ مَحْضةٌ، والأصلُ في القُرَب: أن لا تجبَ علىٰ الغير بسببِ الغير، ولهذا لا تجبُ عن عبده وإن كان تجبُ عنه صدقةُ الفطر.

وإن كان للصغير مالٌ: يُضحِّي عنه أبوه، أو وصيُّه من ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

---

(١) أي عن الإمام أبي حنيفة رحمه الله.

(٢) قال قاضي خان: وعليه الفتوىٰ. البناية ١٤/٣٥١.

يَذبحُ عن كلِّ واحدٍ منهم شاةً، أو يَذبحُ بقرةً أو بدنةً عن سبعةٍ.

وقال محمدٌ وزفرُ والشافعيُّ[(١)] رحمهم الله: يُضَحِّي من مال نفسِه، لا من مالِ الصغير.

فالخلافُ في هذا: كالخلاف في صدقةِ الفطر.

وقيل: لا تجوزُ التضحيةُ من مالِ الصغير، في قولهم جميعاً؛ لأن هذه القُربةَ تتأدَّىٰ بالإراقة، والصدقةُ بعدَها تطوُّعٌ، ولا يجوزُ ذلك من مالِ الصغير.

ولا يُمكنُه[(٢)] أن يأكلَ كلَّه.

والأصحُّ أن يُضَحِّيَ من ماله[(٣)].

ويأكلَ[(٤)] منه ما أمكنَه، ويَبتاعَ بما بقيَ ما يَنتفعُ بعَيْنه[(٥)].

[ما يُجزىء في الأضحية:]

قال: (يَذبحُ عن كلِّ واحدٍ منهم شاةً، أو يَذبحُ بقرةً أو بدنةً عن سبعةٍ).

---

(١) مغني المحتاج ٤/٢٩٢.

(٢) أي لا يمكن الصغير أن يأكل كلَّ ما ذُبح له.

(٣) أي من مال الصغير.

(٤) أي مَن يضحي له.

(٥) أي ويشتري بما بقي ما ينتفع به، كالغربال والمنجل.

. . . .

والقياسُ: أن لا تجوزَ إلا عن واحدٍ؛ لأن الإراقةَ واحدةٌ، وهي القُربة، إلا أنَّا تَركْناه بالأثر.

وهو ما رُوي عن جابرٍ رضي الله عنه أنه قال: نَحَرْنا مع رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم البقرةَ عن سبعةٍ، والبدنةَ عن سبعةٍ[١].

ولا نَصَّ في الشاة، فتبقىٰ علىٰ أصل القياس.

وتجوزُ عن خمسةٍ أو ستةٍ أو ثلاثةٍ، ذَكَرَه محمدٌ رحمه الله في «الأصل»؛ لأنه لَمَّا جاز عن السبعة: فعمَّن دونَهم أَوْلىٰ.

ولا تجوزُ عن ثمانيةٍ؛ أَخْذاً بالقياس فيما لا نصَّ فيه.

وكذا إذا كان نصيبُ أحدِهم أقلَّ من السُّبُع: لا تجوز عن الكلِّ؛ لانعدام وَصْفِ القُربة في البعض، وسنُبيِّنُه إن شاء الله تعالىٰ.

وقال مالكٌ[٢] رحمه الله: تجوزُ عن أهلِ بيتٍ واحدٍ وإن كانوا أكثرَ من سبعةٍ، ولا تجوزُ عن أهلِ بيتَيْن وإن كانوا أقلَّ منها.

لقوله عليه الصلاة والسلام: «علىٰ كلِّ أهلِ بيتٍ في كلِّ عامٍ أُضْحاةٌ، وعَتِيرةٌ»[٣].

---

(١) صحيح مسلم (١٣١٨).

(٢) التلقين ص٧٦.

(٣) سنن أبي داود (٢٧٨٨)، سنن الترمذي (١٥١٨)، وقال: حسن غريب، سنن ابن ماجه (٣١٢٥)، الدراية ٢/٢١٤.

. . . .

قلنا: المرادُ منه، والله أعلم: قَيِّمُ أهلِ البيت؛ لأن اليسارَ له.

يؤيِّدُه ما يُروىٰ: «علىٰ كلِّ مسلمٍ في كلِّ عامٍ أُضْحاةٌ، وعَتِيرةٌ»[١].

ولو كانت البدنةُ بين اثنين نصفَيْن: تجوز، في الأصح؛ لأنه لَمَّا جاز ثلاثةُ الأسباع: جاز نصفُ السُّبُع تَبَعاً له.

وإذا جاز علىٰ الشركة: فقسمةُ اللحم بالوزن؛ لأنه موزونٌ.

ولو[٢] اقتسموا جُزَافاً: لا يجوزُ، إلا إذا كان معه شيءٌ من الأكارعِ والجلدِ؛ اعتباراً بالبيع.

ولو[٣] اشترىٰ بقرةً يريدُ أن يُضحِّيَ بها عن نفسه، ثم اشترك[٤] فيها ستةٌ معه: أجزأه؛ استحساناً.

وفي القياس: لا يجزئه، وهو قولُ زفر رحمه الله؛ لأنه أعدَّها للقُربة، فيُمنَعُ عن بيعها تموُّلاً، والاشتراكُ هذه صفتُه.

وجهُ الاستحسان: أنه قد يَجدُ بقرةً سمينةً يشتريها، ولا يَظفرُ بالشركاء وقتَ البيع، وإنما يطلُبُهم بعدَه، فكانت الحاجةُ إليه ماسَّةً، فجوَّزناه؛ دَفْعاً للحرج، وقد أمكن؛ لأن بالشراء للتضحية: لا يمتنعُ البيعُ.

---

(١) قال في الدراية ٢/٢١٤: لم أقف عليه بهذا اللفظ.

(٢) وفي نسخة العلامة سعدي (٦٠٩هـ): قال: ولو اقتسموا.

(٣) وفي نسخة ١٠٣٨هـ: قال: ولو اشترىٰ.

(٤) وفي نُسخ: أشرك.

وليس علىٰ الفقيرِ، والمسافرِ أضحيةٌ.

ووقتُ الأضحيةِ يَدخلُ بطلوعِ الفجرِ من يوم النحر، إلا أنه لا يجوزُ لأهل الأمصار الذبحُ حتىٰ يُصلِّيَ الإمامُ العيدَ، فأما أهلُ السَّوَاد : . . . . . .

والأحسنُ أن يُفعلَ ذلك قبلَ الشراء؛ ليكون أبعدَ عن الخلاف، وعن صورة الرجوعِ في القُربة.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يُكره الاشتراكُ[(١)] بعد الشراء؛ لِمَا بيَّنَّا.

قال: (وليس علىٰ الفقيرِ، والمسافرِ أضحيةٌ)؛ لِمَا بيَّنَّا.

وأبو بكرٍ وعمرَ رضي الله عنهما كانا لا يُضحِّيان إذا كانا مسافرَيْن[(٢)].

وعن علي رضي الله عنه: ليس علىٰ المسافرِ جمعةٌ، ولا أضحيةٌ[(٣)].

قال: (ووقتُ الأضحيةِ يَدخلُ بطلوعِ الفجرِ من يوم النحر، إلا أنه لا يجوزُ لأهل الأمصار الذبحُ حتىٰ يُصلِّيَ الإمامُ العيدَ، فأما أهلُ السَّوَاد[(٤)]:

---

(١) وفي نُسخ: الإشراك.

(٢) قال في نصب الراية ٢١١/٤: غريب، وفي الدراية ٢١٥/٢: لم أجده، واستدرك العلامة قاسم في منية الألمعي ص٤٠٦ بقوله: روىٰ مسددٌ في مسنده أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما شهدا الموسم فلم يضحِّيا، وروىٰ ابن أبي شيبة عن عمر رضي الله عنه أنه كان إذا حجَّ لا يضحي.

(٣) قال في نصب الراية ٢١١/٤: غريب، وفي الدراية ٢١٥/٢: لم أجده، واستدرك عليهما العلامة قاسم في منية الألمعي ص٤٠٦ بقوله: رواه محمد في الأصل.

(٤) أي أهل القرىٰ.

فيذبحون بعد الفجر.

فيذبحون بعد الفجر).

والأصلُ فيه: قولُه عليه الصلاة والسلام: «مَن ذَبَحَ قبلَ الصلاةِ: فليُعِدْ ذبيحتَه، ومَن ذَبَحَ بعدَ الصلاة: فقد تَمَّ نُسُكُه، وأصاب سُنَّةَ المسلمين»[١].

وقال عليه الصلاة والسلام: «إن أوَّل نُسُكِنا في هذا اليوم: الصلاةُ، ثم الأضحيةُ»[٢].

غيرَ أنَّ هذا الشرطَ في حَقِّ مَن عليه الصلاةُ، وهو المِصريُّ، دون أهل السَّوَاد.

ولأن التأخيرَ لاحتمال التشاغلِ به عن الصلاة، فلا معنىٰ للتأخير في حَقِّ القَرَوي ولا صلاةَ عليه.

وما رويناه حُجةٌ علىٰ مالكٍ والشافعيِّ[٣] رحمهما الله في نَفْيهما الجوازَ بعدَ الصلاة قبلَ نَحْرِ الإمام.

ثم المعتبرُ في ذلك: مكانُ الأضحية، حتىٰ لو كانت الأضحيةُ في السَّوَادِ، والمضحِّي في المصر: يجوزُ كما انشقَّ الفجرُ.

وفي العكس: لا يجوز، إلا بعد الصلاة.

---

(١) صحيح البخاري (٥٥٤٦)، صحيح مسلم (١٩٦١).

(٢) صحيح البخاري (٩٧٦).

(٣) مغني المحتاج ٤/ ٢٨٧.

وهي جائزةٌ في ثلاثةِ أيامٍ: يومُ النحرِ، ويومان بعدَه.

وحِيلةُ المصريِّ إذا أراد التعجيلَ: أن يَبعثَ بها إلىٰ خارج المصر، فيضحِّيَ بها كما طلع الفجرُ، وهذا لأنها تُشبِهُ الزكاةَ، من حيث إنها تَسقطُ بهلاك المالِ قبلَ مُضِيِّ أيامِ النحر، كالزكاة بهلاك النصاب، فيُعتبرُ في الصرف[1]: مكانُ المَحَلِّ، لا مكانُ الفاعلِ؛ اعتباراً بها.

بخلاف صدقةِ الفطرِ؛ لأنها لا تسقطُ بهلاك المال بعد ما طَلَعَ الفجرُ من يومِ الفطر.

ولو ضحَّىٰ بعد ما صلىٰ أهلُ المسجد، ولم يصلِّ أهلُ الجَبَّانة[2]: أجزأه؛ استحساناً؛ لأنها صلاةٌ معتبرَةٌ، حتىٰ لو اكتفَوْا بها: أجزأَتْهم.

وكذا علىٰ هذا: عكسُه[3].

وقيل: هو جائزٌ قياساً واستحساناً.

قال: (وهي جائزةٌ في ثلاثةِ أيامٍ: يومُ النحرِ، ويومان بعدَه).

وقال الشافعي[4] رحمه الله: ثلاثةُ أيامٍ بعده؛ لقوله عليه الصلاة والسلام:

---

(١) أي الإراقة. حاشية نسخة ٧٩٧هـ، و٩٨١هـ، لكن في البناية ٣٦٤/١٤: صرف الواجب.

(٢) هي المصلَّىٰ الذي يُتَّخذُ في فِناء المصر؛ ليصلَّىٰ فيها العيد ونحوه. البناية ٣٦٤/١٤.

(٣) يعني وكذا يجوز استحساناً، لا قياساً عكسُ الحكم المذكور، وهو أن يصلي أهلُ الجبانة، دونَ أهلِ المسجد. البناية ٣٦٥/١٤.

(٤) مغني المحتاج ٢٨٧/٤.

. . . .

«أيامُ التشريق كلُّها أيامُ ذَبْحٍ»[(١)].

ولنا: ما رُوي عن عمر وعلي وابن عباسٍ رضي الله عنهم أنهم قالوا: «أيامُ النحر: ثلاثةٌ، أفضلُها: أوَّلُها»[(٢)].

وقد قالوه سماعاً؛ لأن الرأيَ لا يَهتدي إلىٰ المقادير.

وفي الأخبارِ تعارُضٌ، فأخذنا بالمتيقَّن، وهو الأقل.

---

(١) سنن البيهقي الصغير (١٨٣٣)، السنن الكبرىٰ للبيهقي (١٩٢٤٥)، مسند البزار (٣٤٤٣)، سنن الدارقطني (٤٧٥٦)، وصححه ابن حبان (٣٨٥٤)، الدراية ٢/٢١٥، وفي سنده مقال لكن له طرق متعددة.

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٢١٣: غريب جداً، وعزاه لمالك في الموطأ ٢/٤٨٧، بلاغاً عن علي رضي الله عنه، وينظر الاستذكار لابن عبد البر ١٣/١٠٢.

وقال ابن حجر في الدراية ٢/٢١٥: أما عمر: فلم أره، وأما علي: فذكره مالك في الموطأ بلاغاً، وأما ابن عباس: فلم أجده. اهـ، وهو في الموطأ عن ابن عمر رضي الله عنهما أيضاً، وقد زاد علىٰ هؤلاء العلامة قاسم في منية الألمعي ص ٤٠٦، فقال: روىٰ الطحاوي في الأحكام أثرَ علي وابن عباس رضي الله عنهم... اهـ.

وقال ابن التركماني في الجوهر النقي ٩/٢٩٦: ذكر الطحاوي في أحكام القرآن بسند جيد عن ابن عباس قال: الأضحىٰ يومان بعد يوم النحر، وقال الطحاوي في أحكام القرآن أيضاً: لم يُرْوَ عن أحد من الصحابة خلافهم، فتعيَّن اتباعهم. اهـ

وفي البناية للعيني ١١/٣١، نقلاً عن الكرخي في مختصره: «حدثنا أبو بكر محمد بن الجنيد قال حدثنا أبو خيثمة قال حدثنا هشيم...»، وساق بسنده إلىٰ علي رضي الله عنه، كما ذكره عن غيره من الصحابة رضي الله عنهم.

. . . .

وأفضلُها: أوَّلها، كما قالوا[١].

ولأن فيه مسارعةً إلىٰ أداء القُربة، وهو الأصلُ، إلا لمعارض.

ويجوزُ الذبحُ في لياليها، إلا أنه يكره؛ لاحتمال الغَلَطِ في ظُلْمة الليل.

وأيامُ النحر ثلاثةٌ، وأيامُ التشريق ثلاثةٌ، والكلُّ يمضي بأربعةٍ، أوَّلُها: نحرٌ، لا غيرَ، وآخرُها: تشريقٌ، لا غير، والمتوسِّطان: نحرٌ وتشريقٌ.

والتضحيةُ فيها أفضلُ من التصدق بثمن الأضحية؛ لأنها تقعُ واجِبةً، أو سُنَّةً، والتصدُّقُ تطوُّعٌ مَحْضٌ، فتُفضَّل عليها[٢].

ولأنها تفوتُ بفَوات وقتِها، والصدقةُ يُؤتَىٰ بها في الأوقات كلِّها، فنُزِّلَتْ منزلةَ الطوافِ والصلاةِ في حَقِّ الآفاقيِّ.

ولو لم يُضَحِّ حتىٰ مَضَتْ أيامُ النحر: إن كان أوجب علىٰ نفسِه، أو كان فقيراً، وقد اشترىٰ شاةً بنيَّة الأضحية: تصدَّقَ بها حيَّةً، وإن كان غنياً: تصدَّقَ بقيمة شاةٍ، اشترىٰ أو لم يشترِ؛ لأنها واجبةٌ علىٰ الغنيِّ.

وتجبُ علىٰ الفقير بالشراء بنية التضحيةِ عندنا، فإذا فات الوقتُ: وَجَبَ عليه التصدقُ؛ إخراجاً له عن العُهدة، كالجمعة تُقضىٰ بعد فواتها ظهراً، والصومِ بعد العجز فِدْيةً.

---

(١) أي عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم.

(٢) أي علىٰ الصدقة. وفي نُسخ: عليه. بالتذكير. قلت: أي التصدق.

ولا يُضحَّىٰ بالعَمْياء، والعَوْراء، والعَرْجاءِ التي لا تمشي إلىٰ المَنْسِكِ، ولا العَجْفاء.

ولا تُجزِئُ مَقطوعةُ الأُذُنِ، والذَّنَب.

[ما لا يُجزِئ في الأضحية :]

قال: (ولا يُضحَّىٰ بالعَمْياء، والعَوْراء، والعَرْجاءِ التي لا تمشي إلىٰ المَنْسِكِ[١]، ولا العَجْفاءِ).

لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تُجزئُ في الضحايا أربعةٌ: العَوراءُ البيِّنُ عوَرُها، والعَرْجاءُ البيِّنُ عرَجُها، والمريضةُ البيِّنُ مَرَضُها، والعَجْفاءُ التي لا تُنْقِي[٢]»[٣].

قال: (ولا تُجزئُ مَقطوعةُ الأُذُنِ، والذَّنَب).

أما الأُذُنُ: فلقوله عليه الصلاة والسلام: «استشرفوا العينَ، والأُذُنَ»[٤]، أي اطلُبوا سلامتَهما.

وأما الذَّنَبُ: فلأنه عضوٌ كاملٌ مقصودٌ، فصار كالأُذُن.

---

(١) أي الموضع الذي تُذبح فيه. البناية ١٤/٣٧٣.

(٢) أي التي ليس لها نِقْيٌ، أي مخٌّ من شدة الهزال. البناية ١٤/٣٧٤.

(٣) سنن أبي داود (٢٨٠٢)، سنن النسائي (٤٣٦٩) ، سنن الترمذي (١٤٩٧)، سنن ابن ماجه (٣١٤٤)، مسند أحمد (١٨٥١٠)، وقد صححه صاحب البدر المنير ١٠٨/٢٣، وينظر نصب الراية ٤/٢١٣.

(٤) المعجم الأوسط (٩٤٢١)، سنن الترمذي (١٤٩٨)، وقال: حسن صحيح، ورواه أصحاب السنن وغيرهم بأسانيد صحيحة، كما في البدر المنير ١١٨/٢٣.

ولا التي ذَهَبَ أكثرُ أُذُنِها وذَنَبِها، وإن بقِيَ أكثرُ الأُذُنِ والذَّنَبِ: جاز.

ففي «الجامع الصغير» وإن قُطِعَ من الذَّنَبِ أو الأُذُنِ أو العَيْنِ أو الأَلْيةِ الثلثُ، أو أقلُّ: أجزأه، وإن كان أكثرَ: لم يُجْزِ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: إذا بقيَ الأكثرُ من النصف: أجزأه.

قال: (ولا التي ذَهَبَ أكثرُ أُذُنِها وذَنَبِها، وإن بقِيَ أكثرُ الأُذُنِ والذَّنَبِ: جاز)؛ لأن للأكثرِ حُكمَ الكلِّ، بقاءً وذَهاباً.

ولأنَّ العيبَ اليسيرَ لا يُمكنُ التحرُّزُ عنه، فجُعِلَ عَفْواً.

واختلفتِ الروايةُ عن أبي حنيفة رحمه الله في مقدار الأكثر:

(ففي «الجامع الصغير[1]») عنه: (وإن قُطِعَ من الذَّنَبِ أو الأُذُنِ أو العَيْنِ أو الأَلْيةِ الثلثُ، أو أقلُّ: أجزأه، وإن كان أكثرَ: لم يُجزِ عند أبي حنيفة رحمه الله)؛ لأن الثلثَ تُنَفَّذُ فيه الوصيةُ من غير رضا الورثة، فاعتُبر قليلاً، وفيما زاد: لا تُنَفَّذُ إلا برضاهم، فاعتُبر كثيراً.

ويُروىٰ عنه: الرُّبُعُ؛ لأنه يَحكي حكايةَ الكمالَ، علىٰ ما مَرَّ في الصلاة.

ويُروىٰ: الثلثُ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث الوصية: «الثلثُ، والثلثُ كثيرٌ»[2].

(وقالا: إذا بقيَ الأكثرُ من النصف: أجزأه)؛ اعتباراً للحقيقة، علىٰ ما تقدَّم في الصلاة، وهو اختيارُ الفقيهِ أبي الليث رحمه الله.

---

(١) ص٢٣١.

(٢) صحيح البخاري (١٢٩٥)، صحيح مسلم (١٦٢٨).

وقال أبو يوسف رحمه الله: أَخبرتُ بقولي أبا حنيفة رحمه الله، فقال: قولي هو قولُك.

ويجوزُ أن يُضحَّىٰ بالجَمَّاء.

(وقال أبو يوسف رحمه الله: أَخبرتُ بقولي أبا حنيفة رحمه الله، فقال: قولي هو قولُك).

قيل: هو رجوعٌ منه إلىٰ قولِ أبي يوسف رحمه الله.

وقيل: معناه: قولي قريبٌ من قولِك.

وفي كون النصفِ مانعاً: روايتان عنهما، كما في انكشاف العضو عن أبي يوسف رحمه الله.

ثم معرفةُ المقدار في غير العين: متيسِّرٌ.

وفي العين قالوا: تُشَدُّ العينُ المَعِيبةُ بعد أن لا تُعتَلَفَ الشاةُ يوماً أو يومين، ثم يُقرَّبُ العَلَفُ إليها قليلاً قليلاً، فإذا رأَتْه من موضعٍ: أُعْلِمَ علىٰ ذلك المكان.

ثم تُشَدُّ عينُها الصحيحةُ، وقُرِّبَ إليها العَلَفُ قليلاً قليلاً، حتىٰ إذا رأَتْه من مكانٍ: أُعْلِمَ عليه، ثم يُنظَرُ إلىٰ تفاوتِ ما بينهما، فإن كان ثلثاً: فالذاهبُ الثلثُ، وإن كان نصفاً: فالنصفُ.

قال: (ويجوزُ أن يُضحَّىٰ بالجَمَّاء)، وهي التي لا قَرْنَ لها؛ لأن القَرْنَ لا يتعلَّقُ به مقصودٌ.

وكذا مكسورةُ القَرْن؛ لِمَا قلنا.

والخَصِيِّ، والثَّوْلاءِ، والجَرْباءِ، والسَّكَّاءِ.

(والخَصِيِّ)؛ لأن لحمَها أطيبُ، وقد صحَّ[١] أن النبيَّ صلىٰ الله عليه وسلم ضحَّىٰ بكبشَيْن أملحَيْن، مَوْجُوءَيْن[٢].

قال: (والثَّوْلاءِ)، وهي المجنونةُ.

وقيل: هذا إذا كانت تَعتَلِفُ؛ لأنه لا يُخِلُّ بالمقصود، أما إذا كانت لا تَعتَلِفُ: فلا تُجزئُه.

(والجَرْباءِ)، إن كانت سمينةً: جاز[٣]؛ لأن الجَرَبَ في الجلد، ولا نقصانَ في اللحم، وإن كانت مهزولةً: لا يجوزُ؛ لأن الجَرَبَ في اللحم، فانتَقَصَ.

وأما الهَتْماءُ، وهي التي لا أسنانَ لها: فعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يَعتبر في الأسنان الكثرةَ والقلةَ.

وعنه: أنه إن بقيَ ما يُمكِنُه الاعتلافُ به: أجزأه؛ لحصول المقصود.

(والسَّكَّاء)، وهي التي لا أُذُنَ لها خِلقةً: لا تجوز إن كان هذا[٤]، لأن مقطوعَ أكثرِ الأُذُن إذا كان لا يجوز: فعديمُ الأُذُن أَوْلىٰ.

---

(١) تقدم في الحج، وهو في سنن ابن ماجه (٣١٢٢)، سنن أبي داود (٢٧٩٥)، وله طرق وألفاظ متقاربة، ينظر الدراية ٢/٤٨، ٢١٦.

(٢) المَوْجوء: من الوِجَاء: أي المَخْصِيُّ، ويتم برضِّ عِرق الأُنثيين.

(٣) وفي نُسخ: تُجزئه.

(٤) أي إن تُصوِّر هذا.

. . . .

وهذا الذي ذكرناه إذا كانت هذه العيوبُ قائمةً وقتَ الشراء.

ولو اشتراها سليمةً، ثم تعيَّبتْ بعيبٍ مانعٍ: إن كان غنياً: عليه غيرُها، وإن فقيراً: تُجزئه هذه؛ لأن الوجوبَ على الغنيِّ: بالشرع ابتداءً، لا بالشراء، فلم تتعيَّنْ به، وعلى الفقير: بشرائه بنيَّة الأضحية، فتعيَّنت، ولا يجب عليه[1] ضمانُ نقصانِه، كما في نصاب الزكاة.

وعن هذا الأصل قالوا: إذا ماتتِ المشتراةُ للتضحية: على الموسِرِ مكانَها أخرى، ولا شيءَ على الفقير.

ولو ضلَّت، أو سُرِقتْ، فاشترى أخرى، ثم ظَهَرَتِ الأُولى في أيام النحر: على الموسِرِ ذَبْحُ إحداهما[2]، وعلى الفقير ذبحُهما.

ولو أضجعها فاضطربتْ، فانكسرتْ رِجْلُها، فذَبَحَها: أجزأه؛ استحساناً، عندنا.

خلافاً لزفر والشافعي[3] رحمهما الله؛ لأن حالةَ الذبحِ ومقدِّماته مُلْحَقةٌ بالذبح، فكأنه حَصَلَ به؛ اعتباراً وحُكماً.

وكذا لو تعيَّبتْ في هذه الحالة، فانفلتَتْ، ثم أُخِذت من فَوْره.

وكذا بعد فَوْره عند محمدٍ رحمه الله، خلافاً لأبي يوسف رحمه الله.

---

(١) أي على الفقير.

(٢) لعدم التعيُّن بشرائها، وعلى الفقير ذبحهما: لتعيُّنهما بشرائه.

(٣) النجم الوهاج ٩/٥٠٩.

والأضحيةُ: من الإبل، والبقرِ، والغَنَمِ.

يُجزِئ من ذلك كلِّه الثَّنِيُّ، فصاعداً، إلا الضأنَ فإن الجَذَعَ منه يُجزِئ.

لأنه[1] حَصَلَ بمقدِّمات الذبح.

قال: (والأضحيةُ: من الإبل، والبقرِ، والغَنَمِ)؛ لأنها عُرِفت شرعاً.

ولم تُنقَلِ التضحيةُ بغيرها عن النبي عليه الصلاة والسلام، ولا عن الصحابة رضي الله عنهم[2].

قال: (يُجزِئ من ذلك كلِّه الثَّنِيُّ، فصاعداً، إلا الضأنَ فإن الجَذَعَ منه يُجزِئ).

لقوله عليه الصلاة والسلام: «ضَحُّوا بالثنايا، إلا أن يَعْسُرَ علىٰ أحدِكم: فليَذْبَحِ الجَذَعَ من الضأن»[3].

---

(١) هذا دليل الإمام محمد رحمه الله، أي لأن الذي حصل: حصل بمقدمات الذبح، فيلحق بالذبح.

وأما دليل أبي يوسف رحمه الله: فلم يذكره المصنفُ، ودليله: أن الفور لمَّا انقطع: خرج الفعلُ الذي تعيَّبت به من أن يكون سبباً من أسباب هذا الذبح الذي وُجد بعد الفور، فصار بمنزلة ما حصل بفعلٍ آخر. البناية ١٤/٣٨٧.

(٢) أقرَّ هذا الزيلعي في نصب الراية ٤/٢١٦، لكن ابن حجر في التلخيص الحبير ٤/١٣٨ قال: يُعكِّر عليه ما ذكره السهيلي عن أسماء: قالت: ضحَّينا علىٰ عهد رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم بالخيل، وعن أبي هريرة أنه ضحَّىٰ بـ: دِيْكٍ. اهـ

(٣) قال في الدراية ٢/٢١٦: لم أجده بهذا اللفظ، لكن في صحيح مسلم (١٩٦٣): «لا تذبحوا إلا مسنَّة، إلا أن يعسر عليكم: فتذبحوا جذعة من الضأن».

. . . .

وقال عليه الصلاة والسلام: «نِعمتِ الأُضحيةُ الجَذَعُ من الضأن»[١].

قالوا[٢]: وهذا إذا كانت عظيمةً، بحيث لو خُلِطَتْ بالثُّنْيان: يَشتبِهُ علىٰ الناظرِ من بعيد.

والجَذَعُ من الضأن: ما تمَّتْ له ستةُ أشهرٍ، في مذهب الفقهاء[٣].

وذَكَرَ الزَّعْفراني[٤] رحمه الله: أنه ابنُ سبعةِ أشهرٍ.

والثَّنِيُّ منها، ومن المَعْز: ابنُ سَنَةٍ، ومن البقر: ابن سنتَيْن، ومن الإبل: ابنُ خمسِ سِنين.

ويدخلُ في البقر: الجاموسُ؛ لأنه من جنسِه.

والمولودُ بين الأهليِّ والوحشيِّ: يَتْبعُ الأمَّ؛ لأنها هي الأصلُ في التبعية، حتىٰ إذا نَزَا الذئبُ علىٰ الشاة: يُضحَّىٰ بالولد.

---

(١) سنن الترمذي (١٤٩٩)، وقال: حسن غريب، مسند أحمد (٩٧٣٩)، سنن البيهقي (١٩٠٧٤)، الدراية ٢/٢١٧.

(٢) أي المشايخ.

(٣) قيَّدَ به: لأن عند أهل اللغة: الجَذَعُ من الشاة: ما تمَّت له سَنَةٌ، وطَعَنَتْ في الثانية. البناية ١٤/٣٨٩.

(٤) الحسن بن أحمد الزعفراني الإمام الفقيه الحنفي الكبير، رتَّب مسائل الجامع الصغير، وله كتاب الأضاحي، توفي سنة ٦١٠هـ تقريباً. الفوائد البهية ص٦٠، كشف الظنون ١/٥٦٢، وقد ذكره ضمن شُرَّاح الجامع الصغير.

وإذا اشترىٰ سبعةٌ بقرةً ليُضحُّوا بها، فمات أحدُهم قبلَ النحر، وقالتِ الورثةُ: اذبحوها عنه وعنكم، فذبحوها: أجزأهم.

وإن كان شريكُ الستةِ نصرانياً، أو رجلاً يُريدُ اللحمَ: لم يُجْزِ عن واحدٍ منهم.

قال: (وإذا اشترىٰ سبعةٌ بقرةً ليُضحُّوا بها، فمات أحدُهم قبلَ النحر، وقالتِ الورثةُ[1]: اذبحوها عنه وعنكم، فذبحوها: أجزأهم.

وإن كان شريكُ الستةِ نصرانياً، أو رجلاً يُريدُ اللحمَ: لم يُجْزِ عن واحدٍ منهم).

ووَجْهُ الفَرْق[2]: أن البقرةَ تجوزُ عن سبعةٍ، لكنْ من شَرْطه[3]: أن يكون قَصْدُ الكلِّ القُربةَ وإن اختلفتْ جهاتُها، كالأضحيةِ والقِرَانِ والمتعةِ عندنا[4]؛ لاتحاد المقصود، وهو القُربةُ، وقد وُجِدَ هذا الشرطُ في الوجه الأول؛ لأن التضحيةَ عن الغير عُرفتْ قُربةً، ألا ترىٰ أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام ضحَّىٰ عن أُمَّته، علىٰ ما روينا من قبل[5].

ولم يوجَدْ في الوجه الثاني؛ لأن النصرانيَّ ليس من أهلها.

---

(١) أي الكبار منهم. حاشية سعدي، وغيرها.

(٢) أي بين المسألتين، وفي نُسخ: ووجهه.

(٣) أي من شَرْط هذا الجواز.

(٤) فإن ذلك لا يضرُّ.

(٥) تقدم قريباً في الأضحية.

ولو ماتَ واحدٌ منهم، فذبحها الباقون بغير إذن الورثة : لا تجزئهم.

ويأكلُ من لحمِ الأضحية، ويُطعِمُ الأغنياءَ والفقراءَ، ويَدَّخِرُ.

وكذا قَصْدُ اللحمِ: يُنافيها.

وإذا لم يقعِ البعضُ قُربةً، والإراقةُ لا تتجزأ في حقِّ القُربة: لم يقعِ الكلُّ أيضاً قربةً، فامتنع الجوازُ[1].

وهذا الذي ذَكَرَه[2]: استحسانٌ، والقياسُ: أن لا يجوز، وهو روايةٌ عن أبي يوسف رحمه الله؛ لأنه تبرُّعٌ بالإتلاف، فلا يجوزُ عن غيره، كالإعتاق عن الميت.

لكنا نقولُ: القُربةُ قد تقعُ عن الميت، كالتصدق، بخلاف الإعتاق؛ لأن فيه إلزامَ الوَلاءِ علىٰ الميت.

فلو ذبحوها عن صغيرٍ في الورثة، أو أُمِّ ولدٍ: جاز؛ لِمَا بيَّنَّا أنه قُربةٌ.

قال: (ولو مات واحدٌ منهم، فذبحها الباقون بغير إذن الورثة: لا تجزئهم)؛ لأنه لم يقعْ بعضُها قُربةً، وفيما تقدَّم وُجِدَ الإذنُ من الورثة، فكان قُربةً.

[ما يُفعل بالأضحية :]

قال: (ويأكلُ من لحمِ الأضحية، ويُطعِمُ الأغنياءَ والفقراءَ، ويَدَّخِرُ).

---

(١) أي جواز الأضحية.

(٢) أي الإمام محمد رحمه الله.

ويُستحَبُّ أن لا يُنقِصَ الصدقةَ عن الثلث.

ويَتصدَّقُ بجِلْدِها، أو يَعملُ منه آلةً تُستعمَلُ في البيت.

ولا بأسَ بأن يشتريَ به ما يُنتفَعُ بعَيْنه في البيت، مع بقائه.

لقوله عليه الصلاة والسلام: «كنتُ نهيتُكم عن أَكْل لحومِ الأضاحي، فكُلُوا منها، وادَّخِروا»[1].

ومتىٰ جاز أَكْلُه وهو غنيٌّ: جاز أن يُؤكِلَه غنياً.

قال: (ويُستحَبُّ أن لا يُنقِصَ الصدقةَ عن الثُلُث)؛ لأن الجهات ثلاثٌ: الأكلُ، والادِّخارُ؛ لِمَا روينا، والإطعامُ؛ لقوله تعالىٰ: ﴿ وَأَطْعِمُواْ ٱلْقَانِعَ وَٱلْمُعْتَرَّ[2] ﴾. الحج/٣٦، فانقسم عليها[3] أثلاثاً.

قال: (ويَتصدَّقُ بجِلْدِها)؛ لأنه جزءٌ منها.

(أو يَعملُ منه آلةً تُستعمَلُ في البيت)، كالنِّطْع، والجِرَاب، والغِربالِ، ونحوها، لأن الانتفاعَ به غيرُ محرَّمٍ.

قال: (ولا بأسَ بأن يشتريَ به ما يُنتفَعُ بعَيْنه في البيت، مع بقائه)، استحساناً، وذلك مثلُ ما ذكرنا؛ لأنَّ للبدل: حكمَ المُبدَل.

---

(١) صحيح مسلم (١٩٧٢)، وبمعناه في صحيح البخاري (٥٥٦٩).

(٢) المعترُّ: هو الذي يتعرَّض للسؤال ولا يسأل، وأما القانع: فهو السائل. البناية ١٤/٣٩٦.

(٣) أي علىٰ هذه الأشياء الثلاثة، وهي الأكل والدِّخار والإطعام.

ولا يُعطي أجرةَ الجَزَّار من الأضحية.

ولا يشتري به ما لا يُنتفَعُ به إلا بعد استهلاكِه، كالخَلِّ، والأَبازير[1]؛ اعتباراً بالبيع بالدراهم.

والمعنىٰ فيه: أنه تصرُّفٌ علىٰ قَصْدِ التموُّل، واللحمُ بمنزلة الجِلدِ في الصحيح، فلو باع الجلدَ أو اللحمَ بالدراهم، أو بما لا يُنتفعُ به إلا بعد استهلاكه: تَصدَّقَ بثمنه؛ لأن القُربةَ انتقلت إلىٰ بدلِه.

وقولُه عليه الصلاة والسلام: «مَن باع جلدَ أضحيتِه: فلا أضحيةَ له»[2]: يفيدُ كراهيةَ البيع، أما البيعُ: فجائزٌ؛ لقيام الملك، والقدرةِ علىٰ التسليم.

قال: (ولا يُعطي أجرةَ الجَزَّار من الأضحية)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام لعليٍّ رضي الله عنه: «تصدَّقْ بجِلالها[3] وخِطَامِها[4]، ولا تُعْطِ أجرَ الجزَّارِ منها شيئاً»[5].

والنهيُ عنه: نهيٌ عن البيع أيضاً، لأنه في معنىٰ البيع.

---

(١) وهي التوابل، وهي جمع: أبزار، وهو جمع: بزر. البناية ٣٩٧/١٤، وفي حاشية نسخة ٧٣٨هـ: الأبازير: الأدوية الحارَّة.

(٢) المستدرك (٣٤٦٩)، وصححه، سنن البيهقي (١٩٢٣٣)، الدراية ٢١٨/٢.

(٣) جمع: جُلّ، وجُلُّ الدابة: كثوب الإنسان، يَقِيه البرد، ويصونه، ويجمِّله. ينظر لسان العرب، والمصباح المنير (جل).

(٤) أي الزمام، وفي نُسخ: خُطُمها.

(٥) بمعناه في صحيح البخاري (١٧١٧)، صحيح مسلم (١٣١٨)، وبلفظ المؤلف: في شرح مشكل الآثار (٣٠١٥).

ويُكره أن يَجُزَّ صوفَ أضحيتِه، ويَنتفعَ به قبلَ أن يَذبحَها.

والأفضلُ أن يذبحَ أضحيتَه بيده إن كان يُحسِنُ الذَّبْحَ.

ويُكره أن يَذبحَها الكتابيُّ.

قال: (ويُكره أن يَجُزَّ صوفَ أضحيتِه، ويَنتفعَ به قبلَ أن يَذبحَها)؛ لأنه التزم إقامةَ القُربةِ بجميع أجزائها، بخلاف ما بعدَ الذبح؛ لأنه أُقيمتِ القُربةُ بها، كما في الهدي.

ويُكره أن يَحلُبَ لبنَها، فينتفعَ به، كما في الصوف.

قال: (والأفضلُ أن يذبحَ أضحيتَه بيده إن كان يُحسِنُ الذَّبْحَ).

وإن كان لا يُحسِنُه: فالأفضلُ أن يَستعينَ بغيره.

وإذا استعان بغيره: ينبغي[1] أن يَشهدَها بنفسه؛ لقوله عليه الصلاة والسلام لفاطمةَ رضي الله عنها: «قومي فاشهَدِي أضحيتَكِ، فإنه يُغفَرُ لكِ بأول قَطْرةٍ من دمِها كلُّ ذنبٍ»[2].

قال: (ويُكره أن يَذبحَها الكتابيُّ)؛ لأنه عَمَلٌ هو قُربةٌ، وهو ليس من أهلِها.

---

(١) وعبَّر في بدائع الصنائع ٧٩/٥ بقوله: ويستحب. بدل: وينبغي.

(٢) الدعاء للطبراني (٩٤٧)، المستدرك للحاكم ٢٢٢/٤، المعجم الكبير (٦٠٠)، والأوسط (٢٥٠٩)، وينظر التلخيص الحبير ١٤٣/٤، ونصب الراية ٢١٩/٤، وله عدة طرق، وبألفاظ مختلفة، وفيه كلام طويلٌ يفيد ضعفه، لكن قال المنذري في الترغيب والترهيب ١٥٥/٢ بعد أن ذكر له طرقاً: حسَّنه بعضُ مشايخنا.

وإذا غَلَطَ رجلان، فذَبَحَ كلٌّ واحدٍ منهما أضحيةَ الآخَر: أجزأ عنهما، ولا ضمانَ عليهما.

ولو أَمَرَه، فذَبَحَ: جاز؛ لأنه من أهل الذكاة، والقربةُ أُقيمت بإنابته ونيَّتِه.

بخلاف ما إذا أَمَرَ المجوسيَّ؛ لأنه ليس من أهلِ الذكاة، فكان إفساداً.

قال: (وإذا غَلَطَ رجلان، فذَبَحَ كلٌّ واحدٍ منهما أضحيةَ الآخَر: أجزأ[1] عنهما، ولا ضمانَ عليهما)، وهذا استحسانٌ.

وأصلُ هذا: أنَّ مَن ذَبَحَ أضحيةَ غيرِه بغير إذنِه: لا يَحِلُّ له ذلك، وهو ضامنٌ لقيمتِها، ولا يُجزئه عن الأضحية، في القياس، وهو قولُ زفرَ رحمه الله.

وفي الاستحسان: يجوزُ، ولا ضمانَ علىٰ الذابح، وهو قولُنا.

وجهُ القياس: أنه ذَبَحَ شاةَ غيرِه بغير أمرِه، فيَضمنُ، كما إذا ذَبَحَ شاةً اشتراها القَصَّابُ.

وجهُ الاستحسان: أنها[2] تعيَّنت للذبح؛ لتعيُّنِها للأضحية، حتىٰ وَجَبَ عليه أن يُضحِّيَ بها بعَيْنها في أيام النحر.

---

(١) وفي نُسخ: أُجزِئ، وفي أخرىٰ: جاز.

(٢) أي الشاة المشتراة للأضحية. البناية ١٤/٤٠٣.

. . . .

ويكره أن يُبَدِّلَ بها غيرَها، فصار المالكُ مُستعيناً بكل مَن يكون أهلاً للذبح، آذِناً له دلالةً؛ لأنها تفوتُ بمُضِيِّ هذه الأيام، وعساه يعجِزُ عن إقامتها بعوارضَ، فصار كما إذا ذَبَحَ شاةً شَدَّ القصَّابُ رِجْلَها.

فإن قيل: يفوتُه أمرٌ مستحبٌّ، وهو أن يَذبحَها بنفسه، أو يَشهَدَ الذبحَ، فلا يرضىٰ به.

قلنا: يَحصلُ له(١) به مستحبَّان آخَران: صيرورتُه مضحِّياً لِمَا عيَّنه، وكونُه معجِّلاً به، فيرتضيه.

ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس مسائلُ استحسانيةٌ، وهي:

أنَّ مَن طَبَخَ لحمَ غيرِه، أو طَحَنَ حنطتَه، أو رَفَعَ جَرَّته، فانكسرتْ، أو حَمَلَ علىٰ دابته، فعَطِبت، كلُّ ذلك بغيرِ أمرِ المالك: يكونُ ضامِناً.

ولو وَضَعَ المالكُ اللحمَ في القِدْرِ، والقِدْرَ علىٰ الكانون، والحَطَبَ تحتَه، أو جَعَلَ الحنطةَ في الدَّوْرَقِ(٢)، وربَطَ الدابةَ عليه، أو رَفَعَ الجَرَّةَ، وأمالَها إلىٰ نفسِه، أو حَمَلَ علىٰ دابته، فسقط(٣) في الطريق:

---

(١) أي للمالك.

(٢) هو الدلو التي يحطُّون فيها الحنطة عند الطحن، تنزل منها الحنطةُ إلىٰ قُطب الرَّحَىٰ. البناية ١٤/٤٠٥.

(٣) أي فسقط المحمول من ظهر الدابة في الطريق.

. . . .

فأوقد هو النارَ فيه[١]، وطَبَخَه، أو ساق الدابةَ فطَحَنَها، أو أعانه علىٰ رَفْعِ الجَرَّة، فانكسرت فيما بينهما، أو حَمَلَ علىٰ دابته ما سَقَطَ، فعطبت: لا يكون ضامِناً في هذه الصُّوَرِ كلِّها؛ استحساناً؛ لوجود الإذن دلالةً.

إذا ثبت هذا، فنقولُ في مسألة «الكتاب[٢]»: ذَبَحَ كلُّ واحدٍ منهما أضحيةَ غيرِه بغير إذنِه صريحاً: فهي خلافيةُ زفرَ رحمه الله بعينِها، ويتأتَّىٰ فيها القياسُ والاستحسانُ كما ذكرنا، فيأخذُ كلُّ واحدٍ منهما مَسلُوخَه من صاحبه، ولا يُضمِّنُه صاحبُه؛ لأنه وكيلُه فيما فعل دلالةً.

فإن كانا قد أَكَلا، ثم عَلِمَا: فليُحَلِّلْ كلُّ واحدٍ منهما صاحبَه، ويُجزئهما؛ لأنه لو أطعمه في الابتداء: يجوز.

وإن كان غنياً: فكذا له أن يُحلِّلَه في الانتهاء.

وإن تشاحَّا: فلكلِّ واحدٍ منهما أن يُضمِّنَ صاحبَه قيمةَ لحمِه، ثم يتصدَّقُ بتلك القيمة؛ لأنها بدلٌ عن اللحم، فصار كما لو باع أضحيتَه، وهذا لأن التضحيةَ لَمَّا وقعتْ عن صاحبِه: كان اللحمُ له، ومَن أتلف لحمَ أضحيةِ غيرِه: كان الحُكمُ فيه ما ذكرناه.

---

(١) هذا لفٌّ ونشرٌ مرتَّبٌ.

(٢) أي مختصر القدوري.

ومَن غَصَبَ شاةً، فضحَّىٰ بها : ضَمِنَ قيمتَها، وجاز عن أضحيته.

قال: (ومَن غَصَبَ شاةً، فضحَّىٰ بها: ضَمِنَ قيمتَها، وجاز عن أضحيته)؛ لأنه مَلَكَها بسابق الغصب.

بخلاف ما لو أُودِعَ شاةً، فضحَّىٰ بها[١]؛ لأنه يضمنُها[٢] بالذبح، فلم يثبتِ الملكُ له[٣] إلا بعد الذبحِ، والله أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) حيث لا تُجزئه.

(٢) هكذا في نسخة ٧١٩هـ، والضمير يعود للشاة، وجاء في بقية نُسخ الهداية، وفي طبعات الهداية المفردة والمضمَّنة مع الشروح: يضمنه.

(٣) أي للمودَع.

كتاب الكراهية

. . . .

كتاب الكراهية

قال رضي الله عنه: تكلَّموا[١] في معنىٰ المكروه، والمَرْويُّ عن محمدٍ رحمه الله نصَّاً: أنَّ كلَّ مكروهٍ: حرامٌ، إلا أنه لَمَّا لم يجدْ فيه نصَّاً قاطعاً: لم يُطلِقْ عليه لفظَ: الحرام.

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: أنه إلىٰ الحرامِ أقربُ[٢].

وهو[٣] يشتملُ علىٰ فصولٍ منها:

---

(١) أي علماء الحنفية.

(٢) نقل في البناية ٤٠٩/١٤ عن تاج الشريعة ـ وقد رأيت النص في شرحه: نهاية الكفاية ـ قال: هذه روايةٌ شاذةٌ؛ لأنه ذكر في المبسوط أن أبا يوسف قال لأبي حنيفة: إذا قلتَ في شيءٍ: أكرهه، فما رأيك فيه؟ قال: التحريم. اهـ.

ونقل العيني مثله عن المحيط، كما نقل عن الحقائق: قال أبو يوسف: الشبهةُ إلىٰ الحرام أقرب. اهـ.

قلت: قال في الفتاوىٰ الهندية ٣٠٨/٥ عن قول أبي حنيفة وأبي يوسف: هو المختار. هكذا في شرح أبي المكارم. اهـ

(٣) أي كتاب الكراهية.

فصلٌ
في الأكل والشرب

تُكره لحومُ الأُتُن، وألبانُها، وأبوالُ الإبل، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا بأس بأبوال الإبل.

قال رضي الله عنه: وتأويلُ قولِ أبي يوسف رحمه الله: أنه لا بأس بها للتداوي.

فصلٌ في الأكل والشرب

قال: (قال أبو حنيفة رحمه الله: تُكره لحومُ الأُتُن[1]، وألبانُها، وأبوالُ الإبل، وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: لا بأس بأبوال الإبل.

قال رضي الله عنه: وتأويلُ قولِ أبي يوسف رحمه الله: أنه لا بأس بها للتداوي[2]).

وقد بيَّنَّا هذه الجملةَ فيما تقدَّم في كتاب الصلاةِ[3]، والذبائحِ، فلا نعيدُها، واللبنُ: متولِّدٌ من اللحم: فأَخَذَ حُكْمَه.

---

(١) جمع: أتان: وهي الحمارة، بخلاف لحم الحُمُر الوحشية، فإنها ولبنها حلالان، وخصَّ الأُتُنَ بالذكر مع كراهة لحم سائر الحُمُر: ليستقيم عطف الألبان عليها.

(٢) أي لا مطلقاً، إذ ذَكَرَه مطلقاً عن أبي يوسف في الجامع الصغير. البناية ١٤/ ٤١٠.

(٣) أي بيَّنَّا دليلَ حرمتها في كتاب الطهارة، في فصل البئر، وفي كتاب الذبائح.

ولا يجوزُ الأكلُ، والشربُ، والادِّهانُ، والتطيُّبُ في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء .

قال: (ولا يجوزُ الأكلُ، والشربُ، والادِّهانُ، والتطيُّبُ في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء).

لقوله عليه الصلاة والسلام في الذي يَشربُ من إناء الذهب والفضة: «إنما يُجَرْجِرُ في بطنِه نارَ جهنم»[١].

وأُتِيَ أبو هريرة رضي الله عنه بشرابٍ في إناءِ فضةٍ، فلم يَقْبَلْه، وقال: نهانا عنه رسولُ الله صلىٰ الله عليه وسلم[٢].

وإذا ثبت هذا في الشُّرْبِ: فكذا في الادِّهان ونحوه؛ لأنه في معناه.

ولأنه تشبُّهٌ بزِيِّ المشركين، وتنعُّمٌ بنِعَم المُتْرَفين[٣] والمُسرِفِين.

وقال في «الجامع الصغير[٤]»: يكره، ومرادُه[٥]: التحريمُ.

ويستوي فيه الرجالُ والنساءُ؛ لعموم النهي.

وكذلك الأكلُ بمِلعَقَةِ الذهبِ والفضةِ، والاكتحالُ بمِيْلِ الذهب والفضة.

---

(١) صحيح البخاري (٥٦٣٤)، صحيح مسلم (٢٠٦٥).

(٢) جاء من حديث حذيفة رضي الله عنه في البخاري (٥٦٣٣)، ومسلم (٢٠٦٧).

(٣) أي الطاغين، الذين أطغتهم النعمةُ، والمسرفين: هم المتجاوزون للحد في استعمال الأشياء. البناية ٤١٣/١٤.

(٤) ص٢٣٢.

(٥) أي مراد الإمام محمد رحمه الله.

ولا بأسَ باستعمال آنيةِ الرَّصاصِ والزُّجَاجِ والبِلَّوْر والعَقِيقِ.

ويجوزُ الشُّرْبُ في الإناء المُفَضَّضِ عند أبي حنيفة رحمه الله، والركوبُ علىٰ السَّرْجِ المفضَّضِ، والجلوسُ علىٰ الكرسيِّ المفضَّضِ، والسريرِ المفضَّضِ إذا كان يتَّقِي موضعَ الفضة.

وكذا ما أشبه ذلك، كالمُكْحُلَةِ، والمِرْآةِ وغيرِهما؛ لِمَا ذَكَرْنا.

قال: (ولا بأسَ باستعمال آنيةِ الرَّصاصِ والزُّجَاجِ والبِلَّوْر[1] والعَقِيقِ).

وقال الشافعي[2] رحمه الله: يكره؛ لأنه في معنىٰ الذهب والفضة في التفاخُرِ به[3].

قلنا: ليس كذلك؛ لأنه ما[4] كان من عادتهم التفاخرُ بغير الذهب والفضة.

قال: (ويجوزُ الشُّرْبُ في الإناء المُفَضَّضِ[5] عند أبي حنيفة رحمه الله، والركوبُ علىٰ[6] السَّرْجِ المفضَّضِ، والجلوسُ علىٰ الكرسيِّ المفضَّضِ، والسريرِ المفضَّضِ إذا كان يتَّقِي موضعَ الفضة).

---

(١) علىٰ وزن: سِنَّوْر، ويجوز علىٰ وزن: تَنُّور، أي: بَلُّوْر. القاموس المحيط (بلور).

(٢) في قول، والأصح عنده الجواز. المهذب ١/٣٠، الحاوي الكبير ١/٧٨.

(٣) أي بكل واحد من هذه الأشياء.

(٤) ما: هنا نافيةٌ.

(٥) أي المرصَّع بالفضة.

(٦) وفي نُسخ: في.

. . . .

ومعناه: يتَّقِي موضعَ الفَمِ.

وقيل: هذا، وموضعُ اليدِ في الأخذ.

وفي السرير والسَّرْجِ: موضعَ الجلوس.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يكره ذلك.

وقولُ محمدٍ رحمه الله يُروىٰ مع قول أبي حنيفة رحمه الله، ويُروىٰ مع قول أبي يوسف رحمه الله.

وعلىٰ هذا الخلاف: الإناءُ المضبَّبُ(١) بالذهب والفضة، والكرسيُّ المضبَّبُ بهما.

وكذا إذا جُعِلَ ذلك في السيف(٢)، والمِشْحَذِ(٣)، وحَلْقةِ المِرْآة(٤)، أو جُعِلَ المصحفُ مذهَّباً أو مفضَّضاً.

وكذا الاختلافُ في اللِّجَام، والرِّكاب، والثَّفَرِ(٥) إذا كان مفضَّضاً.

وكذا الثوبُ فيه كتابةٌ بذهبٍ أو فضةٍ: علىٰ هذا الخلاف.

---

(١) أي المشدود بالضبَّات.

(٢) وفي نُسخ: السقف.

(٣) أي المِسَنُّ، وفي نُسخ: المُستحَدُّ، وفي نُسخ خطأً: المسجد.

(٤) أي التي تكون حوالي المِرآة، لا ما تأخذُه المرأةُ بيدها، فإن ذلك مكروه بالاتفاق. البناية ١٤/٤١٥.

(٥) الذي يُجعل تحت ذَنَبِ الدابة.

ومَن أرسل أجيراً له مجوسياً، أو خادماً، فاشترىٰ لحماً، فقال: اشتريتُه من يهوديٍّ، أو نصرانيٍّ، أو مسلمٍ: وَسِعَه أَكْلُه.

وهذا الاختلافُ فيما يخلُصُ[١]، فأما التمويهُ الذي لا يَخلُصُ: فلا بأس به، بالإجماع.

لهما: أنَّ مستعمِلَ جزءٍ من الإناء: مستعمِلٌ جميعَ الأجزاء، فيكره، كما إذا استعمل موضعَ الذهبِ والفضة.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن ذلك تابعٌ، ولا معتبرَ بالتوابع، فلا يكره، كالجُبَّة المكفوفةِ بالحرير، والعَلَمِ في الثوب، ومسمارِ الذهبِ في الفَصِّ.

قال: (ومَن أرسل أجيراً له مجوسياً، أو خادماً، فاشترىٰ لحماً، فقال: اشتريتُه من يهوديٍّ، أو نصرانيٍّ، أو مسلمٍ: وَسِعَه أَكْلُه).

لأن قولَ الكافر مقبولٌ في المعاملات؛ لأنه خبرٌ صحيحٌ؛ لصُدُوره عن عقلٍ ودِينٍ يعتقدُ فيه حُرْمَةَ الكذبِ، والحاجةُ ماسَّةٌ إلىٰ قَبوله؛ لكثرة وقوعِ المعاملات.

وإن[٢] كان غيرَ ذلك[٣]: لم يَسَعْه أن يأكلَ منه.

---

(١) أي يتميز من الآنية.

(٢) جاء هنا في بعض طبعات الهداية القديمة زيادة لفظ: قال، هكذا: قال: وإن كان. قلت: أي قال محمدٌ رحمه الله.

(٣) أي إن كان قال: اشتريته من مجوسي، ليس يهودياً ولا نصرانياً ولا مسلماً.

ويجوزُ أن يُقبَلَ في الهديَّة والإذْنِ قولُ العبدِ، والجاريةِ، والصبيِّ.

وفي «الجامع الصغير»: إذا قالت جاريةٌ لرجلٍ: بعثني مولاي إليك هديةً: وَسِعَه أن يأخذَها.

ويُقبَلُ في المعاملات قولُ الفاسق، ولا يُقبَلُ في أخبار الدِّيانات إلا العدلُ.

معناه[1]: إذا كان[2] ذبيحةَ غيرِ الكتابي والمسلم؛ لأنه لَمَّا قُبِلَ قولُه في الحِلِّ: أَوْلىٰ أن يُقبَلَ في الحُرْمة.

قال: (ويجوزُ أن يُقبَلَ في الهديَّة والإذْنِ قولُ العبدِ، والجاريةِ، والصبيِّ)؛ لأن الهدايا تُبعَثُ عادةً علىٰ أيدي هؤلاء.

وكذا لا يُمكنُهمُ استصحابُ الشهودِ علىٰ الإذنِ عند الضربِ في الأرض، والمبايعةِ في السوق، فلو لم يُقبَلْ قولُهم: يؤدِّي إلىٰ الحرج.

(وفي «الجامع الصغير[3]»: إذا قالت جاريةٌ لرجلٍ: بعثني مولاي إليك هديةً: وَسِعَه أن يأخذَها)؛ لأنه لا فَرْقَ بين ما إذا أَخبرَتْ بإهداء المولىٰ غيرَها، أو نفسَها؛ لِمَا قلنا.

قال: (ويُقبَلُ في المعاملات قولُ الفاسق، ولا يُقبَلُ في أخبار الدِّيانات إلا العدلُ).

---

(١) أي معنىٰ قول محمد رحمه الله: وإن كان غير ذلك. البناية ١٤/٤١٩.

(٢) أي اللحم المشترىٰ.

(٣) ص٢٣٤.

. . . .

ووجهُ الفَرْق: أن المعاملات يَكثُرُ وجودُها فيما بين أجناسِ الناس، فلو شَرَطْنا شرطاً زائداً: يؤدِّي إلىٰ الحرج، فيُقبلُ قولُ الواحدِ فيها، عدلاً كان أو فاسقاً، كافراً أو مسلماً، عبداً أو حُرّاً، ذكراً أو أنثىٰ؛ دفعاً للحرج.

أما الديانات: فلا يَكثُرُ وقوعُها[1] حسبَ وقوعِ المعاملات، فجاز أن يُشترَطَ فيها زيادةُ شرطٍ، فلا يُقبَلُ فيها إلا قولُ المسلمِ العدل؛ لأن الفاسقَ متَّهمٌ، والكافرَ لا يلتزمُ الحكمَ، فليس له أن يُلزِمَ المسلمَ.

بخلاف المعاملات؛ لأن الكافرَ لا يُمكِنُه المُقامُ في ديارنا إلا بالمعاملة[2]، ولا تتهيَّأ له المعاملةُ إلا بعد قبولِ قولِه فيها[3]، فكان فيه ضرورةً.

ولا يُقبَلُ فيها[4] قولُ المستورِ[5]، في ظاهر الرواية.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يُقبلُ قولُه فيها؛ جَرْياً علىٰ مذهبِه أنه يجوزُ القضاءُ به[6].

---

(١) وفي نُسخ: وجودها.

(٢) لأن المعاش لا يكون إلا بها.

(٣) أي في المعاملة.

(٤) أي الديانات.

(٥) هو الذي لا يُعلَم حالُه، ولم تظهر عدالتُه ولا فسقُه. البناية ١٤/٤٢٣.

(٦) أي القضاء بقول الشاهد المستور.

ويُقبَلُ فيها قولُ العبدِ والحُرِّ والأمةِ إذا كانوا عدولاً.

وفي ظاهر الرواية: هو والفاسقُ فيه[١]: سواءٌ، حتىٰ يُعتبرُ فيهما[٢] أكبرُ الرأي.

قال: (ويُقبَلُ فيها[٣] قولُ العبدِ والحُرِّ والأمةِ إذا كانوا عدولاً)؛ لأن عند العدالة: الصدقُ راجحٌ، والقَبولُ لرجحانه.

فمن المعاملات: ما ذكرناه، ومنها: التوكيل.

ومن الديانات: الإخبارُ بنجاسة الماء، حتىٰ إذا أخبره مسلمٌ مَرْضِيٌّ: لم يتوضأ به، ويتيمَّم.

ولو كان المُخبِرُ فاسقاً أو مستوراً: تحرَّىٰ، فإن كان أكبرُ رأيِه أنه صادقٌ: يتيمَّمُ، ولا يتوضأ به.

وإن أراق الماءَ، ثم تيمَّم: كان أحوطُ.

ومع العدالة: يسقطُ احتمالُ الكذبِ، فلا معنىٰ للاحتياط بالإراقة، أما التحرِّي: فمجردُ ظنٍّ.

ولو كان أكبرُ رأيِه أنه كاذبٌ: يتوضأُ به، ولا يتيمَّمُ؛ لترجُّحِ جانبِ الكذبِ بالتحري.

---

(١) أي المستور والفاسق في القضاء سواء.

(٢) أي الفاسق والمستور.

(٣) أي في الديانات.

ومَن دُعِيَ إلىٰ وليمةٍ، أو طعامٍ، فوَجَدَ ثَمَّةَ لَعِباً أو غِناءً: فلا بأس بأن يَقعدَ، ويأكلَ.

قال أبو حنيفة رحمه الله: ابتُلِيتُ بهذا مرةً، فصبرتُ.

وهذا جوابُ الحُكمِ، فأما في الاحتياط: فيتيمَّم بعد الوضوء؛ لِمَا قلنا.

ومنها[1]: الحِلُّ والحُرمةُ إذا لم يكن فيه زوالُ الملك، وفيها تفاصيلُ وتفريعاتٌ ذكرناها في «كفاية المنتهي».

قال: (ومَن دُعِيَ إلىٰ وليمةٍ[2]، أو طعامٍ، فوَجَدَ ثَمَّةَ لَعِباً أو غِناءً: فلا بأس بأن يَقعدَ، ويأكلَ.

قال أبو حنيفة رحمه الله: ابتُلِيتُ بهذا مرةً، فصبرتُ).

وهذا لأن إجابةَ الدَّعوة سُنَّةٌ، قال عليه الصلاة والسلام: «مَن لم يُجِبِ الدَّعوةَ: فقد عصىٰ أبا القاسم»[3].

فلا يَتركُها لِمَا اقترنت به من البدعةِ من غيره، كصلاة الجنازةِ واجبةُ الإقامةِ وإن حضرَتْها نِياحةٌ، فإن قَدرَ علىٰ المنع: مَنَعَهم، وإن لم يَقْدِر: يَصبِرُ.

وهذا إذا لم يكن مُقتَدَىً به، فإن كان مُقتَدَىً، ولم يَقدِر علىٰ مَنْعِهم: يَخرجُ، ولا يَقعدُ؛ لأن في ذلك شَيْنَ الدِّيْن، وفَتْحَ بابِ المعصيةِ علىٰ المسلمين.

---

(١) أي من الديانات.

(٢) أي طعام العُرس والزفاف.

(٣) صحيح مسلم (١٤٣٢).

. . . .

والمَحكِيُّ عن أبي حنيفة رحمه الله في «الكتاب[١]»: كان قبلَ أن يصيرَ مُقتَدَىً به.

ولو كان ذلك علىٰ المائدة: لا ينبغي أن يقعدَ وإن لم يكن مقتدىً به؛ لقوله تعالىٰ: ﴿ فَلَا تَقْعُدْ بَعْدَ ٱلذِّكْرَىٰ مَعَ ٱلْقَوْمِ ٱلظَّٰلِمِينَ ﴾. الأنعام/٦٨.

وهذا كلُّه بعد الحضور، ولو عَلِمَ قبلَ الحضورِ: لا يَحضُرُ؛ لأنه لم يلزَمْه حَقُّ الدَّعوة.

بخلاف ما إذا هَجَمَ عليه[٢]؛ لأنه قد لَزِمَه[٣].

ودلَّتِ المسألةُ علىٰ أن المَلاهيَ كلَّها حرامٌ، حتىٰ التغنِّي بضَرْب القَضيب[٤].

وكذا[٥] قولُ أبي حنيفة رحمه الله: ابتُلِيتُ؛ لأن الابتلاءَ: بالمحرَّم يكون[٦]، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي في الجامع الصغير. البناية ١٤/٤٣٢.

(٢) أي أتىٰ اللعب والغناء بغتةً.

(٣) أي بحضوره، فيعذر فيه؛ لعدم علمه. البناية ١٤/٤٣٢.

(٤) وفي نُسَخ: القصب، وينظر البناية ١٤/٤٣٣ فقد أطال في بيانه، وأن منه: ضَرَبَ عصاً بعصاً بأنغام معينة.

(٥) هذا معطوفٌ علىٰ قوله: ودلَّت المسألة، أي وكذا دلَّ قول أبي حنيفة: ابتليتُ: علىٰ أن الملاهيَ كلها حرامٌ.

(٦) يعني في المباح لا يقال: ابتليت.

فصلٌ في اللُّبْس

ولا يَحِلُّ للرجال لُبْسُ الحَرِيرِ، ويَحِلُّ للنساء .

فصلٌ في اللُّبْس

قال: (ولا يَحِلُّ للرجال لُبْسُ الحَرِيرِ، ويَحِلُّ للنساء).

لأن النبيَّ عليه الصلاة والسلام نهىٰ عن لُبْسِ الحريرِ والديباج، وقال: «إنما يَلبَسُه مَن لا خَلاقَ له في الآخِرة»[1].

وإنما حَلَّ للنساء بحديثٍ آخَر، وهو ما رواه عِدَّةٌ من الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين، منهم عليٌّ رضي الله عنه أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم خَرَجَ وبإحدىٰ يديه حريرٌ، وبالأخرىٰ ذهبٌ، وقال: «هذان حرامان علىٰ ذُكورِ أُمتي، حلالٌ لإناثِهم»[2]، ويُروىٰ: «حِلٌّ لإناثهم».

إلا[3] أنَّ القليلَ عَفْوٌ، وهو مقدارُ ثلاثِ أصابعَ، أو أربعٍ، كالأعلام، والمكفوفِ بالحرير.

---

(١) قال في الدراية ٢/٢١٨: لم أجده هكذا، وكأنه ملفَّقٌ من حديثين، أحدهما: لا تلبسوا الحرير ولا الديباج: في صحيح مسلم (٢٠٦٧)، والثاني: إنما يلبس الحرير في الدنيا مَن لا خلاق له في الآخرة: في صحيح مسلم (٢٠٦٨).

(٢) سنن الترمذي (١٧٢٠)، وقال: حسن صحيح، وتنظر رواياته المتعددة، بألفاظها المتقاربة في الدراية ٢/٢١٩، التعريف والإخبار ٣/٣٨٢.

(٣) وفي بعض طبعات الهداية القديمة: قال: إلا، ووُضعت هذه المسألة علىٰ أنها من بداية المبتدي.

ولا بأس بتَوَسُّدِهِ، والنومِ عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يكره. وفي «الجامع الصغير» ذَكَرَ قولَ محمدٍ رحمه الله وحدَه.

لِمَا رُوِيَ أنه عليه الصلاة والسلام «نهىٰ عن لُبْسِ الحرير إلا موضعَ أصبُعَيْن، أو ثلاثةٍ، أو أربعةٍ»[١]، أراد الأعلامَ.

وعنه عليه الصلاة والسلام أنه كان يَلبَسُ جُبَّةً مكفوفةً بالحرير[٢].

قال: (ولا بأس بتَوَسُّدِهِ، والنومِ عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يكره.

وفي «الجامع الصغير[٣]» ذَكَرَ قولَ محمدٍ رحمه الله وحدَه)، ولم يذكرْ قولَ أبي يوسف رحمه الله، وإنما ذَكَرَه القدوريُّ وغيرُه من المشايخ رحمهم الله.

وكذا الاختلافُ[٤] في سِتْرِ الحرير، وتعليقِه علىٰ الأبواب.

لهما: العموماتُ[٥].

ولأنه من زِيِّ الأكاسِرَة والجبابرةِ، والتشبُّهُ بهم حرامٌ.

---

(١) صحيح مسلم (٢٠٦٩ (١٥)).

(٢) صحيح مسلم (٢٠٦٩).

(٣) ص٢٣٢.

(٤) أي بين الإمام وصاحبيه.

(٥) أي عمومات الأحاديث التي مرَّ ذكرها في تحريم الحرير؛ لأنها تشمل اللبس والتوسد والافتراش جميعاً. البناية ١٤/ ٤٤٤.

ولا بأس بلُبْسِ الحرير والدِّيباجِ في الحرب عندهما.

قال عمرُ رضي الله عنه: «إيَّاكم وزِيَّ الأعاجمِ»[(١)].

وله: ما روي أنه عليه الصلاة والسلام جلس علىٰ مِرفَقَةِ حريرٍ[(٢)].

وقد كان علىٰ بساطِ عبدِ الله بن عباسٍ رضي الله عنهما مِرْفَقَةُ حريرٍ[(٣)].

ولأن القليلَ من المَلبوس مباحٌ، كالأعلام، فكذا القليلُ من اللُّبْسِ والاستعمالِ[(٤)]، والجامعُ: كونُه نموذجاً[(٥)]، علىٰ ما عُرِف.

قال: (ولا بأس بلُبْسِ الحرير والدِّيباجِ[(٦)] في الحرب عندهما).

لِمَا روىٰ الشعبيُّ رحمه الله أنه عليه الصلاة والسلام رخَّص في لُبْسِ الحريرِ والديباجِ في الحرب[(٧)].

ولأن فيه ضرورةً، فإن الخالِصَ منه أدفعُ لمَعَرَّة السلاح، وأَهْيَبُ في عَيْن العدوِّ؛ لبَرِيقِه.

---

(١) صحيح ابن حبان (٥٤٥٤)، وينظر نصب الراية ٢٢٦/٤.

(٢) قال في نصب الراية ٢٢٧/٤: غريب جداً، وفي الدراية ٢٢١/٢: لم أجده.

(٣) طبقات ابن سعد (الجزء المتمم) ١٩٣/١.

(٤) وهو التوَسُّد والافتراش.

(٥) يريد به: أن المستعمِلَ يَعلم بهذا النموذج والمقدار لذَّةَ ما وُعِد له في الآخرة منه؛ ليرغب في تحصيل سببٍ يوصله إليه. البناية ٤٤٦/١٤.

(٦) الديباج: كلما ثَقُل وزنه: ازدادت قيمته، والحرير: كلما خَفَّ وزنه: ازدادت قيمته. البناية ٣٧٠/٨ (ط الشاملة).

(٧) الكامل لابن عدي (١٣٩٤) بإسنادٍ واهٍ، كما في الدراية ٢٢١/٢.

ويكره عند أبي حنيفة رحمه الله.

ولا بأس بلُبْس ما سَدَاه حريرٌ، ولُحْمتُه غيرُ حريرٍ، كالقُطْن والخَزِّ في الحربِ وغيره.

وما كان لُحْمتُه حريراً، وسَدَاه غيرُ حريرٍ: لا بأسَ به في الحرب.

قال: (ويكره عند أبي حنيفة رحمه الله)؛ لأنه لا فَصْلَ فيما رويناه.

والضرورةُ اندفعَتْ بالمَخلوط، وهو الذي لُحمتُه حريرٌ، وسَدَاه غيرُ ذلك، والمحظورُ لا يُستَباحُ إلا لضرورةٍ.

وما رواه: محمولٌ على المَخلوط.

قال: (ولا بأس بلُبْس ما سَدَاه حريرٌ، ولُحْمتُه غيرُ حريرٍ، كالقُطْن والخَزِّ في الحربِ وغيره)؛ لأن الصحابةَ رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخَزَّ، والخَزُّ مُسَدًّى بالحرير[1].

ولأن الثوبَ إنما يصيرُ ثوباً بالنَّسْج، والنَّسْجُ باللُّحْمة، فكانت هي المعتبرةَ، دون السَّدَىٰ.

وقال أبو يوسف رحمه الله: أكره ثوبَ القَزِّ يكونُ بين الفَرْو والظِّهَارة[2]، ولا أرىٰ بحَشْو القَزِّ بأساً؛ لأن الثوبَ ملبوسٌ، والحشوَ غيرُ ملبوسٍ.

قال: (وما كان لُحْمتُه حريراً، وسَدَاه غيرُ حريرٍ: لا بأسَ به في الحرب)؛ للضرورة.

---

(١) تنظر الآثار في الدراية ٢/٢٢١، ومنية الألمعي ص٤٠٦.

(٢) ضدُّ البطانة.

ويكره في غيرِه.

ولا يجوزُ للرجال التحلِّي بالذهب، ولا بالفضةِ.

إلا بالخاتَمِ، والمِنطَقةِ، وحِلْيةِ السيفِ من الفضة.

وفي «الجامع الصغير»: ولا يُتَختَّمُ إلا بالفضة.

قال: (ويكره في غيرِه)؛ لانعدامِها، والاعتبارُ للُّحمة، علىٰ ما بيَّنَّاه.

قال: (ولا يجوزُ للرجال التحلِّي بالذهب)؛ لِمَا روينا.

(ولا بالفضةِ)؛ لأنها في معناه.

(إلا بالخاتَمِ، والمِنطَقةِ، وحِلْيةِ السيفِ من الفضة)؛ تحقيقاً لمعنىٰ النَّمُوذج[١]، والفضةُ أَغْنَتْ عن الذهبِ، إذْ هما من جنسٍ واحد، كيف وقد جاء في إباحة ذلك آثارٌ[٢].

(وفي «الجامع الصغير[٣]»: ولا يُتَختَّمُ إلا بالفضة)، وهذا[٤] نصٌّ علىٰ أن التختُّمَ بالحَجَرِ، والحديدِ، والصُّفْر: حرامٌ.

ورأىٰ رسولُ الله عليه الصلاة والسلام علىٰ رجلٍ خاتَمَ صُفْرٍ، فقال: «مالي أجدُ منكَ رائحةَ الأصنام»[٥].

---

(١) تقدم معناه في الصفحة قبل السابقة.

(٢) ينظر لها الدراية ٢/٢٢٢.

(٣) ص٢٣٢.

(٤) أي هذا المذكور في الجامع الصغير.

(٥) سنن أبي داود (٤٢٢٣)، سنن الترمذي (١٧٨٥)، مسند أحمد (٢٣٠٣٤)، صحيح ابن حبان (الإحسان) (٥٤٨٨)، وللحديث طرقٌ وشواهد.

. . . .

ورأىٰ علىٰ آخَرَ خاتمَ حديدٍ، فقال: «ما لي أرىٰ عليكَ حِليةَ أهلِ النار»[١].

ومن الناس[٢] من أطلَقَ في الحَجَرَ الذي يُقال له: يَشْبُ[٣]؛ لأنه ليس بحَجَرٍ، إذْ ليس له ثِقَلُ الحَجَرِ.

وإطلاقُ الجواب في «الكتاب[٤]»: يدلُّ علىٰ تحريمه.

والتختُّم بالذهب علىٰ الرجال: حرامٌ؛ لِمَا روينا.

وعن عليٍّ رضي الله عنه أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام نهىٰ عن التختُّم بالذهب[٥].

ولأن الأصلَ فيه التحريمُ، والإباحةُ ضرورةَ الخَتْمِ، أو النموذج[٦]، وقد اندفعت بالأدنىٰ، وهو الفضةُ.

والحَلَقةُ: هي المعتبرةُ؛ لأن قَوَامَ الخاتَمِ بها، ولا معتبرَ بالفَصِّ، حتىٰ يجوزُ أن يكونَ من حَجَرٍ.

---

(١) ينظر الحاشية السابقة.

(٢) أي ومن العلماء، كشمس الدين السرخسي مَن جوَّز استعمال الخاتم من الحجر الذي يُقال له: يَشْب، ويقال له: يَشْم. البناية ١٤/٤٥٩.

(٣) وفي نُسخ: يَشم. وكذلك في البناية ١٤/٤٥٩، وهو حجرٌ أخضر. حاشية نسخة ٧٤٢هـ.

(٤) أي الجامع الصغير. البناية ١٤/٤٦٠.

(٥) صحيح مسلم (٢٠٧٨).

(٦) تقدم معناه قريباً جداً ص٤٦٠.

ولا بأسَ بمِسمَار الذهبِ يُجعَلُ في حَجَرِ الفَصِّ.

ولا تُشَدُّ الأسنانُ بالذهب، وتُشَدُّ بالفضة، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال محمدٌ رحمه الله: لا بأس بالذهب أيضاً.

ويَجعَلُ الفَصَّ إلىٰ باطن كفِّه، بخلاف النِّسْوان؛ لأنه تَزيُّنٌ في حقِّهنَّ.

وإنما يَتَختَّمُ القاضي والسلطانُ؛ لحاجته إلىٰ الخَتْم، وأما غيرُهما: فالأفضل أن يتركَه؛ لعدم الحاجة إليه.

قال: (ولا بأسَ بمِسمَار الذهبِ يُجعَلُ في حَجَرِ[1] الفَصِّ)، أي في ثُقْبِه؛ لأنه تابعٌ، كالعَلَم في الثوب، فلا يُعَدُّ لابساً له.

قال: (ولا تُشَدُّ الأسنانُ بالذهب، وتُشَدُّ بالفضة، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال محمدٌ رحمه الله: لا بأس بالذهب أيضاً).

وعن أبي يوسف رحمه الله: مثلُ قولِ كلٍّ واحدٍ منهما.

لهما[2]: أن عَرْفَجَةَ بنَ أسعد الكِنَانيَّ رضي الله عنه أُصيبَ أنفُه[3] يومَ الكُلَاب[4]، فاتَّخذَ أنفاً من فضةٍ، فأنْتَنَ، فأَمَرَه النبيُّ عليه الصلاة والسلام

---

(١) وفي نُسخ: جُحْر، وهذا ما اقتصر عليه في البناية ١٤/٤٦٤، فقال: بضم الجيم، وسكون الحاء المهملة، أما صاحب المغرب ١/١٣١ (جحر) فجعل الصواب: حَجَرَ الفَصِّ، وأن الجُحْر هو للضب أو الحية أو اليربوع، وهو غير لائقٍ ها هنا. اهـ

(٢) أي لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

(٣) أي قُطع.

(٤) بضم الكاف، وتخفيف اللام: وادٍ بين الكوفة والبصرة، كانت فيه وقعةٌ عظيمةٌ للعرب. البناية ١٤/٤٦٦.

ويكره أن يُلبَسَ الذُّكورُ من الصِّبْيان الذهبَ والحريرَ.

وتُكره الخِرقَةُ التي تُحمَلُ، فيُمسَحُ بها العَرَقُ.

بأن يتخذَ أنفاً من ذهبٍ[1].

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الأصلَ فيه التحريمُ، والإباحةُ للضرورة، وقد اندفعت بالفضة، وهي[2] الأدنىٰ، فبقي الذهبُ علىٰ التحريم.

والضرورةُ فيما رَوىٰ[3]: لم تندفع في الأنفِ دونَه[4]، حيث أنتَنَ.

قال: (ويكره أن يُلبَسَ الذُّكورُ من الصِّبْيان الذهبَ والحرير)؛ لأن التحريمَ لَمَّا ثبت في حَقِّ الذكور، وحَرُمَ اللُّبْس: حَرُمَ الإلباسُ، كالخمر لَمَّا حَرُمَ شُرْبُها: حَرُمَ سَقْيُها.

قال: (وتُكره الخِرقَةُ التي تُحمَلُ، فيُمسَحُ بها العَرَقُ)؛ لأنه نوعُ تجبُّرٍ وتكَبُّرٍ.

وكذا الخِرقةُ التي يُمسَحُ بها الوَضوءُ[5]، أو يُمتخَطُ بها.

وقيل: إذا كان عن حاجةٍ: لا يُكره، وهو الصحيحُ، وإنما يكره إذا كان عن تكبُّرٍ وتجبُّرٍ، وصار كالتربُّع في الجلوس[6].

---

(١) سنن أبي داود (٤٢٣٢)، سنن الترمذي (١٧٧٠)، وقال: حديث حسنٌ.

(٢) وفي نُسخ: وهو.

(٣) أي الإمام محمد رحمه الله كدليل له، وضُبطت في نُسخ: رُوِيَ. بالمجهول.

(٤) أي دون الذهب.

(٥) أي ماء الوضوء.

(٦) فإن كان يفعله تكبراً: فيكره، وإن كان للحاجة: فلا يكره. البناية ١٤/٤٦٨.

ولا بأسَ بأن يَربِطَ الرَّجُلُ في أصبعِه، أو خاتَمِه الخيطَ للحاجة.

قال: (ولا بأسَ بأن يَربِطَ الرَّجُلُ في أصبعِه، أو خاتَمِه الخيطَ للحاجة)، ويُسمىٰ ذلك: الرَّتَمَ[١]، والرَّتِيْمةَ.

وكان ذلك من عادةِ العرب، قال قائلُهم[٢]:

لا يَنفعنَّكِ اليومَ إن هِمْتَ[٣] بهم ... كثرةُ ما توصي وتَعْقادُ الرَّتَمِ[٤]

وقد رُوي أن النبي عليه الصلاة والسلام أَمَرَ بعضَ أصحابِه بذلك[٥].

---

(١) بفتح التاء: جمع: رَتَمة، وهو الخيط الذي يُعقد علىٰ الأصبع للتذكرة.

(٢) هو ابن السِّكِّيت، كما في البناية ١٤/٤٦٩. قلت: لعله: يعقوب بن إسحاق، الإمام الشهير، صاحب المؤلفات، ت٢٤٤هـ.

(٣) وروي: هممت.

(٤) قال العيني في البناية ١٤/٤٧٠: قال ابن السكيت: الرَّتم: شجرة، ثم أنشد هذا البيت، ثم قال: كان الرجلُ إذا أراد سفراً: عَمَدَ إلىٰ هذه الشجرة، فعَقَدَ بعضَ أغصانِها ببعض، فإن رَجَعَ من سفره، وأصابه علىٰ تلك الحالة: قال: لم تَخُنِّي امرأتي، وإن أصابه قد انحلَّ: قال: خانَتْني أهلي.

ومعنىٰ البيت: هل يَنفعنَّكَ اليومَ إن هِمْتَ امرأَتَكَ أن تخونَكَ وصيتَك بها، وإقامةَ مَن يحفظُها، وتَعاقدُكَ الشجر. اهـ باختصار.

(٥) قال في الدراية ٢/٢٢٤: لم أجده هكذا، وإنما أخرج أبو يعلىٰ من حديث ابن عمر رضي الله عنهما: «كان النبي صلىٰ الله عليه وسلم إذا أشفق من الحاجة أن ينساها: رَبَطَ في أصبعه خيطاً ليذكرها»، وفي إسناده: سالم بن عبد الأعلىٰ: وهو متروك، ثم ذكر ابن حجر بمعناه أحاديث أخرىٰ بطرق مختلفة، وفيها كلامٌ أيضاً.

. . . .

ولأنه ليس بعَبَثٍ؛ لِمَا فيه من الغَرَض الصحيح، وهو التذكُّرُ عند النسيان، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

فصلٌ

في الوطءِ، والنَّظَرِ، والمَسِّ

ولا يجوزُ أنْ ينظرَ الرجلُ إلىٰ الأجنبية إلا إلىٰ وجهِها وكفَّيْها.

فصلٌ

في الوطءِ، والنَّظَرِ، والمَسِّ

قال: (ولا يجوزُ أنْ ينظرَ الرجلُ إلىٰ الأجنبية إلا إلىٰ وجهِها وكفَّيْها)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾. النور/٣١.

قال عليٌّ وابنُ عباسٍ رضي الله عنهم: ما ظَهَرَ منها: الكُحْلُ والخاتَمُ، والمرادُ: موضعُهما، وهو الوجهُ والكَفُّ، كما أن المرادَ من الزينة المذكورةِ: مواضعُها.

ولأنَّ في إبداءِ الوجهِ والكفِّ ضرورةً؛ لحاجتها إلىٰ المعاملة مع الرجال، أخذاً وإعطاءً، وغيرَ ذلك.

وهذا تنصيصٌ علىٰ أنه لا يُباحُ النظرُ إلىٰ قَدَمِها.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يُباحُ؛ لأن فيه بعضَ الضرورة.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يُباحُ النظرُ إلىٰ ذِراعِها أيضاً؛ لأنه قد يبدو منها عادةً[1].

---

(١) خصوصاً إذا آجرَتْ نفسَها للخَبْز والطبخ. البناية ١٤/٤٧٥.

فإن كان لا يأمنُ الشهوةَ: لا ينظرُ إلىٰ وجهِها إلا لحاجةٍ.

ولا يَحِلُّ له أن يَمَسَّ وجهَها ولا كفَّيْها وإن كان يأمنُ الشهوةَ.

قال: (فإن كان لا يأمنُ الشهوةَ: لا ينظرُ إلىٰ وجهِها إلا لحاجةٍ).

لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن نَظَرَ إلىٰ محاسِنِ امرأةٍ أجنبيةٍ عن شهوةٍ: صُبَّ في عينَيْه الآنُكُ يومَ القيامة»[1].

فإذا خاف الشهوةَ: لم يَنظرْ من غير حاجةٍ؛ تحرُّزاً عن المُحرَّم.

وقولُه: لا يأمَنْ: يدلُّ علىٰ أنه لا يُباحُ إذا شَكَّ في الاشتهاء، كما إذا عَلِمَ، أو كان أكبرُ رأيِه ذلك.

(ولا يَحِلُّ له أن يَمَسَّ وجهَها ولا كفَّيْها وإن كان يأمنُ الشهوةَ)؛ لقيام المُحَرِّم، وانعدامِ الضرورةِ والبلوىٰ.

بخلاف النظر؛ لأن فيه بلوىً.

والمُحَرِّم: قولُه عليه الصلاة والسلام: «مَن مَسَّ كفَّ امرأةٍ ليس منها بسبيلٍ: وُضِعَ علىٰ كَفِّه جَمْرٌ يومَ القيامة»[2].

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٢٤٠: غريب، وقال ابن حجر في الدراية ٢/٢٢٥: لم أجده، وكذلك العيني في البناية ١١/١٤٧، وقد وردت أحاديث صحيحة في النهي عن النظر إلىٰ الأجنبية في الصحيحين وغيرهما، تنظر في الترغيب والترهيب ٣/٣٤، والآنُكُ: بضم النون: هو الرَّصاص. النهاية لابن الأثير ١/٧٧.

(٢) قال في نصب الراية ٤/٢٤٠: غريب، وقال في الدراية ٢/٢٢٥: لم أجده، وفي البناية ١٤/٤٧٧: لم يثبت عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم.

ويجوزُ للقاضي إذا أراد أن يَحكمَ عليها، وللشاهد إذا أراد أداءَ الشهادةِ عليها: النظرُ إلىٰ وجهِها وإن خاف أن يَشتهيَ.

وهذا إذا كانت شابَّةً تُشتَهىٰ.

أما إذا كانت عجوزاً لا تُشتَهىٰ: فلا بأس بمصافحتها، ومَسِّ يدِها؛ لانعدام خوفِ الفتنة.

وقد روي أنَّ أبا بكر رضي الله عنه كان يدخلُ بعضَ القبائل التي كان مُستَرْضَعاً فيهم، وكان يصافِحُ العجائزَ[(١)].

وعبدُ الله بنُ الزبير رضي الله عنهما استأجر عجوزاً لتُمرِّضَه، وكانت تَغمِزُ رِجْلَيْه[(٢)]، وتَفْلِي رأسَه[(٣)].

وكذا إذا كان شيخاً يأمَنُ علىٰ نفسِه وعليها؛ لِمَا قلنا.

فإن كان لا يأمَنُ عليها: لا تَحِلُّ مصافحتُها؛ لِمَا فيه من التعريض للفتنة.

والصغيرةُ إذا كانت لا تُشتَهىٰ: يُباحُ مَسُّها، والنظرُ إليها؛ لعدم خوفِ الفتنة.

قال: (ويجوزُ للقاضي إذا أراد أن يَحكمَ عليها، وللشاهد إذا أراد أداءَ[(٤)] الشهادةِ عليها: النظرُ إلىٰ وجهِها وإن خاف أن يَشتهيَ).

---

(١) قال في نصب الراية ٤/٢٤٠: غريب، وفي الدراية ٢/٢٢٥: لم أجده، وكذلك في البناية ١٤/٤٧٨، والتعريف والإخبار ٣/٣٧٢.

(٢) الغَمْز: العَصْر والكَبْس باليد. النهاية لابن الأثير ٣/٣٨٥.

(٣) قال في نصب الراية ٤/٢٤٠: غريب، وفي الدراية ٢/٢٢٥: لم أجده.

(٤) ولفظ: أداء: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة، وفي تبيين الحقائق ٦/١٧، =

ويجوزُ للطبيبِ أن ينظرَ إلىٰ موضعِ المرضِ منها.

للحاجة إلىٰ إحياءِ حقوقِ الناسِ بواسطة القضاء، وأداءِ الشهادة، ولكن ينبغي أن يقصِدَ به أداءَ الشهادة، أو الحكمَ عليها، لا قضاءَ الشهوة؛ تحرُّزاً عمَّا يُمكِنُه التحرُّزُ عنه، وهو قَصْدُ القبيح.

وأما النظرُ لتحمُّل الشهادةِ إذا اشتهىٰ: قيل: يُباح، والأصحُّ أنه لا يباح؛ لأنه يوجدُ مَن لا يشتهي، فلا ضرورةَ، بخلاف حالةِ الأداء[1].

ومَن أراد أن يتزوَّج امرأةً: فلا بأسَ بأن ينظرَ إليها وإنْ عَلِمَ أنه يشتهيها؛ لقوله عليه الصلاة والسلام فيه: «أبصِرْها، فإنه أحرىٰ أن يُؤدَمَ بينكما»[2].

ولأن مقصودَه إقامةُ السُّنَّة، لا قضاءُ الشهوة.

(ويجوزُ للطبيبِ أن ينظرَ إلىٰ موضعِ المرضِ منها)؛ للضرورة.

وينبغي أن يُعلِّمَ امرأةً مداواتَها[3]؛ لأن نَظَرَ الجنسِ إلىٰ الجنسِ أسهلُ.

دون النُّسخ الخطية للهداية، ولكن في كلام المصنف في الهداية بعد قليل تصريحٌ أنه لا يباح النظر لتحمل الشهادة إذا اشتهىٰ، مما يؤكد قيد: أداء.

وللتأكد أكثر، فقد راجعت نُسخ القدوري التي هي عندي، حيث المسألة فيه، كما راجعت شروحه المطبوعة والمخطوطة، فلم أجد لفظ: أداء، والله أعلم بالحال.

(١) لأنه التزم هذه الأمانةَ بالتحمُّل، وهو متعيِّنٌ لأدائها. البناية ١٤/٤٨٠.

(٢) سنن الترمذي (١٠٨٧)، وقال: حديث حسن، سنن ابن ماجه (١٨٦٥).

(٣) وفصَّل صاحب الجوهرة النيرة ٦/٣٥٩ بقوله: أما إذا كان المرض في سائر بدنها، غيرَ الفرج: فإنه يجوز له النظرُ إليه عند الدواء؛ لأنه موضعُ ضرورةٍ. =

. . . .

فإن لم يَقدروا: يُستَرُ كلُّ عضوٍ منها سوىٰ موضعِ المرضِ، ثم يَنظرُ، ويَغُضُّ بصرَه ما استطاع؛ لأن ما ثبت بالضرورة: يتقدَّرُ بقَدْرِها، وصار كنظر القابلةِ، والخافِضةِ[١]، والخَتَّان.

وكذا يجوزُ للرجل النظرُ إلىٰ موضعِ الاحتقان[٢] من الرَّجُل؛ لأنه مداواةٌ[٣].

ويجوزُ للمرض[٤].

وكذا للهُزَالِ الفاحشِ[٥]، علىٰ ما روي عن أبي يوسف رحمه الله؛ لأنه أمارةُ المرض.

وإن كان في موضع الفرج: فينبغي أن يُعلِّم امرأةً تُداويها، فإن لم يجدوا امرأةً تُداويها، وخافوا عليها أن تَهلَكَ، أو يُصيبَها بلاءٌ، أو وجعٌ لا يُحتمَل: ستَروا منها كلَّ شيءٍ إلا الموضعَ الذي فيه العلةُ، ثم يداويها الرجلُ، ويغضُّ بصرَه ما استطاع إلا من موضع الجرح. اهـ

ونقل كلامَ الجوهرة ابنُ عابدين ٦/٣٧١ معتمِداً له، وأَتْبعه بقوله: والظاهر أنَّ: ينبغي: هنا للوجوب. اهـ

(١) وفي نُسخ: الختَّانة.

(٢) أي موضع الحُقْنة.

(٣) فيحصل بالحقنة تسهيلُ إخراج الفضلات، والأخلاط الرديئة.

(٤) أي يجوز الاحتقان لأجل المرض.

(٥) أي وكذا يجوز الاحتقان للهزال الفاحش؛ لأنه نوع مرض.

وينظرُ الرجلُ من الرجلِ إلىٰ جميع بدنِه إلا إلىٰ ما بين سُرَّتِه إلىٰ رُكْبتِه.

[حدود العورة:]

قال: (وينظرُ الرجلُ من[1] الرجلِ إلىٰ جميع بدنِه إلا إلىٰ ما بين سُرَّتِه إلىٰ رُكْبتِه)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «عورةُ الرجل: ما بين سُرَّتِه إلىٰ رُكبته»[2].

ويُروىٰ: «ما دون سُرَّته حتىٰ يجاوِزَ رُكبتَيْه[3]»[4].

وبهذا الحديث ثبت أن السُّرَّةَ ليست بعورةٍ، خلافاً لِمَا يقولُه أبو عصمةَ[5] والشافعيُّ[6] رحمهما الله.

والرُّكْبةُ: عورةٌ، خلافاً لِمَا قاله الشافعي رحمه الله.

والفَخِذُ: عورةٌ، خلافاً لأصحاب الظواهر.

وما دون السُّرَّة إلىٰ مَنْبِتِ الشعر[7]: عورةٌ؛ خلافاً لِمَا يقولُه الإمامُ

---

(١) وفي نُسخ: إلىٰ.

(٢) مسند الحارث (١٤٣)، سنن البيهقي (٣٢٣٥)، مسند أحمد (٦٧٥٦).

(٣) وفي نُسخ: ركبته.

(٤) لم أقف عليه، وسيأتي بعد قليل حديث: الركبة من العورة.

(٥) البلخي عصام بن يوسف، من ملازمي أبي يوسف، كان شيخ بلخ بلا مدافع، وله اختيارات فقهية خاصة، وهو معدود من أئمة الحنفية، ت٢١٥هـ عن أربع وثمانين سنة، له ترجمة في الجواهر المضية ٥٢٧/٢، الفوائد البهية ص١١٦.

(٦) ليست السرة من العورة عنده. المهذب ١٢٤/١، نهاية المطلب ١٩١/٢.

(٧) أي شعر العانة.

. . . .

أبو بكر محمد بن الفضل الكُمَاري[١] رحمه الله؛ معتمِداً فيه علىٰ العادةَ[٢]، لأنه[٣] لا معتبرَ بها مع النصِّ بخلافه.

وقد روىٰ أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «الركبةُ من العورة»[٤].

وأبدىٰ الحسنُ بن علي رضي الله عنه سُرَّتَه، فقَبَّلَها أبو هريرة رضي الله عنه[٥].

وقال عليه الصلاة والسلام لجَرْهَدَ رضي الله عنه: «وارِ فَخِذَكَ، أما عَلِمْتَ

---

(١) وفي نُسخ: الكرماني، والكُماري: بضم الكاف، نسبةً لقريةٍ في بخارىٰ، كان إماماً كبيراً، وشيخاً جليلاً، معتمداً في الرواية، مقلَّداً في الدراية، رحل إليه أئمةُ البلاد، ومشاهير كتب الفتاوىٰ مشحونة بفتاواه ورواياته، توفي رحمه الله سنة ٣٨١هـ، الجواهر المضية ٣/٣٠٠، الفوائد البهية ص١٨٤.

(٢) لأن الإزار قد ينحط في العمل إلىٰ ذلك الموضع، فكان فيه ضرورةً، فأُبيح النظر إلىٰ ذلك؛ للتعامل. البناية ١٤/٤٨٦.

(٣) هذا جوابٌ عما يقوله الكُماري، وتقديره: أي لأن الشأن: أنه لا اعتبار بالعادة مع وجود النص بخلافها. البناية ١٤/٤٨٦.

(٤) قال في البناية ١٤/ ٤٨٦: الحديث غريبٌ لم يثبت عن أبي هريرة رضي الله عنه، وإنما روي من حديث علي رضي الله عنه عند الدارقطني (٨٨٩)، وفيه ضعفٌ أيضاً، وينظر الدراية ١/١٢٣.

(٥) مسند أحمد (١٠٣٢٦)، وصححه ابن حبان (٦٩٦٥)، الدراية ٢/٢٢٦.

ويجوزُ للمرأة أن تنظرَ من الرجلِ: إلىٰ ما يَنظُرُ الرجلُ إليه منه إذا أَمِنَتِ الشهوةَ.

أن الفخذَ عورةٌ!»[1].

ولأن الركبةَ مُلتقىٰ عَظْمِ الفخِذِ والساقِ، فاجتمع المحرِّمُ والمُبيح، وفي مِثله يُغلَّبُ المحرِّمُ.

وحُكمُ العورةِ في الركبة: أخفُّ منه في الفخذ.

وفي الفخذِ: أخفُّ منه في السَّوْأة، حتىٰ إنَّ كاشِفَ الركبةِ يُنكَرُ عليه برِفْقٍ، وكاشِفُ الفخذِ يُعنَّفُ عليه.

وكاشِفُ السَّوْأة: يُؤدَّب إن لَجَّ[2].

وما يباحُ النظرُ إليه للرجل من الرجلِ: يُباحُ المَسُّ؛ لأنهما فيما ليس بعورةٍ سواءٌ.

قال: (ويجوزُ للمرأة أن تنظرَ من الرجلِ: إلىٰ ما يَنظُرُ الرجلُ إليه منه إذا أَمِنَتِ الشهوةَ)؛ لاستواء الرجلِ والمرأة في النظرِ إلىٰ ما ليس بعورةٍ، كالثياب، والدواب.

---

(١) سنن أبي داود (٤٠١٤)، سنن الترمذي (٢٧٩٥، ٢٧٩٨)، وقال: حديث حسن، ينظر التعريف والإخبار ٣/٣٧٨، الدراية ٢/٢٢٦.

(٢) أي أن كاشف العورة الغليظة يُؤدَّبُ بضربٍ إن أعلمه ولم يسمع؛ لأن حُرمتها مجمعٌ عليه. البناية ١٤/٤٩٠.

. . . .

وفي كتاب الخُنْثىٰ من «الأصل»: أنَّ نَظَرَ المرأةِ إلىٰ الرجلِ الأجنبي: بمنزلة نَظَرِ الرجلِ إلىٰ مَحَارمه[١]؛ لأن النظرَ إلىٰ خلافِ الجنس أغلظُ.

فإن كان في قلبِها شهوةٌ، أو أكبرُ رأيِها أنها تشتهي، أو شكَّت في ذلك: يُستحبُّ لها أن تَغُضَّ بصرَها.

ولو كان الناظرُ هو الرجلُ إليها، وهو بهذه الصفة[٢]: لم ينظر[٣]، وهذا[٤] إشارةٌ إلىٰ التحريم[٥].

ووجهُ الفَرْق[٦]: أن الشهوةَ عليهنَّ غالِبةٌ، وهو كالمتَحَقِّق اعتباراً، فإذا اشتهىٰ الرجلُ: كانت الشهوةُ موجودةً في الجانبَيْن.

ولا كذلك إذا اشتهتِ المرأةُ؛ لأن الشهوةَ غيرُ موجودةٍ في جانبه حقيقةً واعتباراً، فكانت من جانبٍ واحدٍ.

والمتحقِّقُ من الجانبَيْن في الإفضاء إلىٰ المُحَرَّم: أقوىٰ من المُتَحَقِّقِ في جانبٍ واحدٍ.

---

(١) أي لا ينظر إلىٰ ظهر المَحارم والبطن. البناية ١٤/٤٩١.

(٢) أي في قلبه شهوةٌ.

(٣) أي إليها.

(٤) وفي نُسخ: وهذه، أشار به إلىٰ قوله: لم ينظر.

(٥) أي تحريم نظره إليها في هذه الصورة، بخلاف المرأة.

(٦) أي بينهما، حيث كان نظر الرجل حراماً، وغض بصرها مستحباً.

وتنظرُ المرأةُ من المرأةِ إلىٰ ما يجوزُ للرجل أن ينظرَ إليه من الرجل.
وينظرُ الرجلُ من أَمَتِه التي تَحِلُّ له، وزوجتِه إلىٰ فَرْجِها.

قال: (وتنظرُ المرأةُ من المرأةِ إلىٰ ما يجوزُ للرجل أن ينظرَ إليه من الرجل)؛ لوجود المجانسة، وانعدامِ الشهوةِ غالباً، كما في نَظَرِ الرجل إلىٰ الرجل.

وكذا الضرورةُ قد تحققَّتْ إلىٰ الانكشاف فيما بينهنَّ.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنَّ نَظَرَ المرأةِ إلىٰ المرأة: كنظر الرجل إلىٰ مَحارِمِه، بخلاف نظرها إلىٰ الرجل؛ لأن الرجالَ يحتاجون إلىٰ زيادة الانكشاف للاشتغال بالأعمال، والأولُ أصح.

قال: (وينظرُ الرجلُ من أَمَتِه التي تَحِلُّ له[1]، وزوجتِه إلىٰ فَرْجِها).

وهذا إطلاقٌ في النظر إلىٰ سائر بدنِها عن شهوةٍ وغيرِ شهوة.

والأصلُ فيه: قولُه عليه الصلاة والسلام: «غُضَّ بصرَكَ إلا عن أَمَتِكَ، وامرأَتِك»[2].

ولأنَّ ما فوق ذلك من المَسِيْس والغِشْيان: مباحٌ، فالنظرُ أَوْلىٰ.

---

(١) قيَّد بقوله: التي تحل له: احترازاً عن أمته المجوسية، وأمته التي هي أخته من الرضاعة؛ لأن حكمهما في النظر: كأمة الغير. البناية ١٤/٤٩٣.

(٢) قال في الدراية ٢٢٦/٢: لم أره بهذا اللفظ، وقد رواه أصحاب السنن الأربعة بلفظ: «احفظ عورتك إلا من زوجتك، أو ما ملكت يمينُك»، سنن أبي داود (٤٠١٣)، سنن الترمذي (٢٧٩٤)، وقال: حديث حسن.

ويَنظرُ الرجلُ من ذوات مَحَارِمه إلىٰ الوجه والرأس والصدر والساقين والعَضُدَيْن، ولا ينظرُ إلىٰ ظهرِها وبطنِها وفَخِذِها.

إلا أنَّ الأَوْلىٰ أن لا يَنظرَ كلٌّ واحدٍ منهما إلىٰ عورة صاحبه؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا أتىٰ أحدُكم أهلَه: فليستَتِرْ ما استطاع، ولا يتجرَّدان تَجَرُّدَ العَيْر[1]»[2].

ولأن ذلك يورِثُ النسيانَ؛ لورود الأثر[3].

وكان ابنُ عمر رضي الله عنهما يقولُ: الأَوْلىٰ أن ينظرَ؛ ليكونَ أبلغَ في تحصيل معنىٰ اللذة[4].

قال: (ويَنظرُ الرجلُ من ذوات مَحَارِمه إلىٰ الوجه والرأس والصدر والساقين والعَضُدَيْن، ولا ينظرُ إلىٰ ظهرِها وبطنِها وفَخِذِها).

والأصلُ فيه قولُه تعالىٰ: ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ ﴾. الآية. النور/٣١.

---

(١) بفتح العين: أي الحمار الوحشي، وقيل: ويشمل الأهلي، وقيَّد بالوحشي: لأن الأهلي فيه نوع ستر، وأما بكسرها: فهي الإبل. ينظر البناية ١٤/٤٩٥.

(٢) سنن ابن ماجه (١٩٢١)، السنن الكبرىٰ للنسائي (٨٩٨٠)، المعجم الأوسط (١٧٦)، وله عدة طرق بألفاظ متقاربة. التعريف والإخبار ٣/٣٦٨، الدراية ٢/٢٢٨.

(٣) قال في الدراية ٢/٢٢٩: لم أجده.

(٤) قال في نصب الراية ٤/٢٤٨: غريب جداً، وفي الدراية ٢/٢٢٩: لم أجده، وفي البناية ١٤/٤٩٦: لم يثبت عن ابن عمر رضي الله عنهما.

. . . .

والمرادُ واللهُ أعلم: مواضعُ الزينة، وهي ما ذُكِرَ في «الكتاب[١]».

ويدخلُ في ذلك: الساعدُ والأُذُنُ والعُنُقُ[٢] والقدمُ؛ لأن كلَّ ذلك موضعُ الزينة، بخلاف الظهرِ والبطنِ والفخذ؛ لأنها ليست من مواضع الزينة.

ولأن البعضَ يدخلُ علىٰ البعض من غير استئذانٍ واحتشامٍ.

والمرأةُ في بيتِها: في ثيابِ مهنتِها عادةً، فلو حَرُمَ النظرُ إلىٰ هذه المواضع: أدَّىٰ إلىٰ الحرج.

وكذا الرغبةُ تَقِلُّ؛ للحُرمةِ المؤبَّدِة، فقلَّما تُشتَهىٰ، بخلاف ما وراءَها؛ لأنها لا تنكشفُ عادةً.

والمَحْرَمُ: مَن لا تجوزُ المناكحةُ بينه وبينها علىٰ التأبيد، بنسبٍ كان أو بسببٍ، كالرضاع والمصاهرة؛ لوجود المعنيَيْن فيه.

وسواءٌ كانت المصاهرةُ بنكاحٍ أو سِفَاحٍ[٣]، في الأصح؛ لِمَا بيَّنَّا.

---

(١) أي مختصر القدوري، وهو ما ذَكَرَ من الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين.

(٢) وفي نُسخ: العين. وقد صحح في حاشية نسخة ٧٩٧هـ أن الصواب: العُنُق، قال: وهي رواية كتاب المحيط، وقال: لأن النظر من الأجنية إلىٰ العين مباحٌ، وها هنا في بيان ما يجوز للمَحرم النظر، ولا يجوز النظر إلىٰ ذلك من الأجنبية. اهـ

(٣) أي الزنا، نسأل الله العافية.

ولا بأس بأن يَمَسَّ ما جاز أن يَنظرَ إليه منها.

ولا بأسَ بالخَلْوةِ والمسافرةِ بهنَّ.

قال: (ولا بأس بأن يَمَسَّ ما جاز أن يَنظرَ إليه منها)؛ لتحقُّقِ الحاجة إلىٰ ذلك في المسافرة، وقلَّةِ الشهوةِ للمَحرمية.

بخلاف وجهِ الأجنبية وكفَّيْها، حيث لا يُباحُ المَسُّ وإن أُبيحَ النظرُ؛ لأنَّ الشهوةَ متكاملةٌ.

إلا إذا كان يَخافُ عليها، أو علىٰ نفسِه الشهوةَ: فحينئذٍ لا ينظرُ، ولا يَمَسُّ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «العينانِ تزنيان، وزِناهُما: النظرُ، واليدان تزنيان، وزناهما: البطشُ»[1].

وحرمةُ الزنا بذوات المَحارمِ: أغلظُ، فيُجتَنَبُ[2].

قال: (ولا بأسَ بالخَلْوةِ والمسافرةِ بهنَّ[3])؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تسافِرِ المرأةُ فوقَ ثلاثةِ أيامٍ ولياليها إلا ومعها زوجُها، أو ذو رَحِمٍ مَحْرَمٍ منها»[4].

---

(١) مسند أحمد (٨٥٢٦) بإسناد صحيح، كما قال المنذري في الترغيب والترهيب ٣/٣٦، وعزاه أيضاً للبزار وأبي يعلىٰ، وفي مجمع الزوائد ٦/٢٥٦، عزاه للطبراني أيضاً بإسناد جيد.

وأصل الحديث في الصحيحين، بلفظ: «فالعينان زناهما النظر»: عند مسلم (٢٦٥٧)، وبلفظ: «فزنىٰ العينين: النظر»: عند البخاري (٦٣٤٣).

(٢) أي يُجتنب النظر والمس عند الخوف.

(٣) أي ذوات محارمهن.

(٤) صحيح البخاري (١١٩٧).

وينظرُ الرجلُ من مملوكةِ غيرِه إلىٰ ما يجوزُ أن ينظرَ إليه من ذوات مَحارِمه.

وقولِه عليه الصلاة والسلام: «ألا لا يَخْلُونَّ رجلٌ بامرأةٍ ليس منها بسبيل، فإنَّ ثالثَهما الشيطانُ»[1]، والمرادُ إذا لم يكن مَحْرَماً.

فإن احتاجتْ إلىٰ الإركابِ والإنزال: فلا بأس بأن يَمَسَّها من وراء ثيابِها، ويأخذَ ظهرَها وبطنَها، دون ما تحتَهما إذا أَمِنَا الشهوةَ.

فإن خافَها علىٰ نفسِه أو عليها، تيقُّناً أو ظنَّاً أو شكَّاً: فليجتَنِبْ عن ذلك بجُهده.

ثم إن أمكنَها الركوبُ بنفسها: يَمتنعُ عن ذلك أصلاً.

وإن لم يُمكِنْها: يتكلَّفُ بالثياب؛ كي لا تصيبَه حرارةُ عُضْوِها.

وإن لم يجدِ الثيابَ: يدفعُ الشهوةَ عن قلبِه بقَدْرِ الإمكان.

قال: (وينظرُ الرجلُ من مملوكةِ غيرِه إلىٰ ما يجوزُ أن ينظرَ إليه من ذوات مَحارِمِه)؛ لأنها تَخرجُ لحوائج مولاها، وتَخدُمُ أضيافَه وهي في ثياب مِهنتِها، فصار حالُها خارجَ البيت في حقِّ الأجانب: كحالِ المرأة داخلَه في حقِّ محارِمِه الأقارب.

وكان عمرُ رضي الله عنه إذا رأىٰ جاريةً متقنِّعَةً[2]: علَاهَا بالدِّرَّة،

---

(١) سنن الترمذي (٢١٦٥)، سنن النسائي (٩٢١٩)، وصححه ابن حبان (٥٥٨٦)، الدراية ٢/٢٢٩.

(٢) أي متلفِّفة في مِقْنَعة.

. . . .

وقال: ألقِي عنكِ الخِمَارَ[١] يا دَفَارِ، أتتشبَّهين بالحرائر؟![٢].

ولا يَحِلُّ النظرُ إلىٰ بطنِها وظهرِها.

خلافاً لِمَا يقولُه محمدُ بن مقاتِلٍ الرازي[٣] رحمه الله أنه يُباحُ إلا إلىٰ ما دون السُّرَّةِ إلىٰ الركبة[٤].

---

(١) أي ما تُخمِّر به المرأةُ رأسَها، أي تغطيه. البناية ١٤/٥٠٣.

(٢) قال في نصب الراية ١/٣٠٠، ٤/٢٥٠: غريب، وبمعناه روىٰ عبد الرزاق في مصنَّفه (٥٠٦٥)، مصنف ابن أبي شيبة (٦٢٩٤) أن عمر رضي الله عنه ضرب أمةً متقنعةً، وقال: اكشفي رأسَك، لا تتشبهي بالحرائر، وإسناده صحيح، كما في الدراية ١/١٢٤، وقال ابن حجر: لم أره بهذا اللفظ، وينظر البناية ٢/١٤٢.

وأخرج محمد في الآثار ص٤٥ أن عمر رضي الله عنه كان يضرب الإماء أن يتقنعن، يقول: لا تتشبهن بالحرائر، كما التعريف والإخبار ١/١٤٢.

وقال العيني في البناية ١١/١٨٠: وروىٰ أبو عبيد القاسم بن سَلاَّم ـ غريب الحديث ٣/٣٤٣ ـ بمعناه: أن عمر رضي الله عنه رأىٰ جارية مُكمكمة، فسأل عنها، فقالوا: أمة آلِ فلان، فضربها بالدِّرَّة، وقال: «يا لُكَع (يا لَكْعاء)، أتتشبَّهين بالحرائر». اهـ

ومعنىٰ: يا لَكْعاء: أي يا خبَاث، من الخُبْث، وينظر غريب الحديث له ٣/١٥٤.

ومعنىٰ: دَفَار: أي يا مُنْتِنَة، من: الدَّفَر، وهو النتن الظاهر والباطن، البناية ١١/١٨٠، غريب الحديث لأبي عبيد ٣/١٥٤.

(٣) قاضي الري، من أصحاب محمد بن الحسن، توفي سنة ٢٤٨هـ، كما في تهذيب التهذيب ٩/٤٦٩، وترجم له في الجواهر المضية ٣/٣٧٢.

(٤) لِمَا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: «ومَن أراد أن يشتريَ جاريةً: فلينظر إليها إلا في موضع المئزر»، ولتعامل أهل الحرمين. البناية ١٤/٥٠٤.

ولا بأس بأن يَمَسَّ ذلك إذا أراد الشراءَ وإن خاف أن يشتهيَ.

لأنه[1] لا ضرورةَ كما في المَحارم، بل أَوْلىٰ؛ لقلة الشهوة فيهنَّ، وكمالِها في الإماء.

ولفظةُ: المملوكة: تنتظمُ المدبَّرةَ والمكاتَبَةَ وأمَّ الولد؛ لتحقُّقِ الحاجة.

والمُسْتسعاةُ: كالمكاتَبَة عند أبي حنيفة رحمه الله، علىٰ ما عُرِف.

وأما الخلوةُ بها[2]، والمسافرةُ معها: فقد قيل: تُباحُ، كما في المَحارم، وقد قيل: لا تُباحُ؛ لعدم الضرورة فيهنَّ.

وفي الإركاب والإنزال: اعتَبَرَ محمدٌ رحمه الله في «الأصل»: الضرورةَ فيهنَّ، وفي ذوات المَحَارم: مجردَ الحاجة.

قال: (ولا بأس بأن يَمَسَّ ذلك إذا أراد الشراءَ وإن خاف أن يشتهيَ). كذا ذَكَرَه في «المختصر»، وأطلق أيضاً في «الجامع الصغير[3]»، ولم يَفْصِل[4].

قال مشايخنا رحمهم الله: يباحُ النظرُ في هذه الحالة وإن اشتهىٰ؛ للضرورة، ولا يُباحُ المَسُّ إذا اشتهىٰ، أو كان أكبرُ رأيه ذلك؛ لأنه نوعُ استمتاعٍ[5].

---

(١) هذا دليل الحنفية أنه لا يحل النظر إلىٰ بطن الأمة وظهرها.

(٢) أي بأمة الغير.

(٣) ص٢٣٣.

(٤) بين الاشتهاء وعدمه.

(٥) قال ابن عابدين ٣٦٩/٦: وبه جزم في الاختيار، والخانية، والمبتغىٰ، وذكر ابن عابدين أيضاً عن محمد بن الحسن كراهة ذلك للشاب، وعن أبي حنيفة جوازه.

وإذا حاضَتِ الأمةُ لم تُعْرَضْ في إزارٍ واحدٍ.

والخَصِيُّ في النظر إلىٰ الأجنبية : كالفحل .

وفي غير حالةِ الشراء: يُباحُ النظرُ والمَسُّ بشرط عدمِ الشهوة.

قال: (وإذا حاضَتِ الأمةُ لم تُعْرَضْ في إزارٍ واحدٍ[1])، ومعناه: بَلَغَتْ، وهذا لِمَا بيَّنَّا أنَّ الظهرَ والبطنَ منها عورةٌ.

وعن محمدٍ رحمه الله: أنها إذا كانت[2] تُشتَهىٰ، ويُجامَعُ مثلُها: فهي كالبالغة، لا تُعرَضُ في إزارٍ واحدٍ؛ لوجود الاشتهاء.

قال: (والخَصِيُّ في النظر إلىٰ الأجنبية: كالفحل).

لقول عائشةَ رضي الله عنها: الخِصاءُ مُثْلَةٌ[3]، فلا يُبيحُ ما كان حراماً قبلَه.

ولأنه فَحْلٌ يجامِعُ.

وكذا المَجبوبُ؛ لأنه يَسْحَقُ، ويُنزِلُ.

وكذا المُخنَّثُ في الرديءِ من الأفعال؛ لأنه فحلٌ فاسقٌ.

والحاصلُ أنه يُؤخَذُ فيه[4] بمُحكَمِ كتابِ الله المنزَّلِ فيه[5].

---

(١) أي تُؤمَر مع الإزار بلُبس القميص؛ لأن ظهرها وبطنها عورة. البناية ١٤/٥٠٥.

(٢) أي الأمة غير البالغة التي قاربت البلوغ، كما يُفهم من النص.

(٣) قال في الدراية ٢/٢٣٠: لم أجده عنها، وروي عن غيرها.

(٤) أي في واحدٍ منها. حاشية نسخة ٧٩٧هـ. أي في كلٍّ من الخصي والمجبوب والمخنث.

(٥) وهو قوله تعالىٰ: ﴿ قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّواْ مِنْ أَبْصَٰرِهِمْ ﴾. النور/٣٠، وهذا=

ولا يجوزُ للمملوك أن يَنظرَ من سيِّدته إلا إلىٰ ما يجوزُ للأجنبيِّ النظرُ إليه منها.

والطفلُ الصغيرُ: مستثنىً بالنص[1].

قال: (ولا يجوزُ للمملوك أن يَنظرَ من سيِّدته إلا إلىٰ ما يجوزُ للأجنبيِّ النظرُ إليه منها).

وقال مالكٌ[2] رحمه الله: هو كالمَحْرَم.

وهو أحدُ قولِي الشافعيِّ[3] رحمه الله؛ لقوله تعالىٰ: ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُنَّ ﴾. النور/٣١.

ولأن الحاجةَ متحقِّقةٌ؛ لدخوله عليها من غير استئذانٍ.

ولنا: أنه فَحْلٌ غيرُ مَحْرَمٍ، ولا زوجٍ، والشهوةُ متحقِّقةٌ؛ لجواز النكاح في الجملة، والحاجةُ قاصرةٌ؛ لأنه يَعملُ خارجَ البيت.

والمرادُ بالنص[4]: الإماء.

محكمٌ، وقوله سبحانه وتعالىٰ: ﴿ أَوِ ٱلتَّـٰبِعِينَ غَيْرِ أُو۟لِى ٱلْإِرْبَةِ مِنَ ٱلرِّجَالِ ﴾. النور/٣١: متشابهٌ، فيُؤخذ بالمحكم، دون المتشابه. البناية ١٤/٥٠٧.

(١) وهو قوله تعالىٰ: ﴿ أَوِ ٱلطِّفْلِ ٱلَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا۟ عَلَىٰ عَوْرَٰتِ ٱلنِّسَآءِ ﴾. النور/٣١.

(٢) مواهب الجليل ٢/٥٢٣.

(٣) وهو الأصح. العزيز ٧/٤٧٦.

(٤) هذا جوابٌ عن قول الإمام مالك والشافعي رحمهما الله.

ويَعزِلُ عن أَمَتِه بغير إذنها، ولا يَعزِلُ عن زوجتِه إلا بإذنها.

قال سعيدٌ، والحسنُ وغيرُهما[١]: لا تَغُرَنَّكمْ سورةُ النورِ[٢]: فإنها نَزَلَتْ في الإناثِ، دونَ الذكور.

قال: (ويَعزِلُ عن أَمَتِه بغير إذنها، ولا يَعزِلُ عن زوجتِه إلا بإذنها).

لأنه عليه الصلاة والسلام نهىٰ عن العَزْلِ عن الحرةِ إلا بإذنها[٣].

وقال لمولىٰ أمةٍ: «اعزِلْ عنها إن شئتَ»[٤].

ولأن الوطءَ حَقُّ الحرةِ؛ قضاءً للشهوة، وتحصيلاً للولد، ولهذا تُخَيَّرُ في الجَبِّ والعُنَّة، ولا حَقَّ للأمة في الوطء، فلهذا لا يُنقِصُ[٥] حقَّ الحرَّةِ بغير إذنها، ويَستَبِدُّ به[٦] المولىٰ.

ولو كان تحتَه أمةُ غيرِه: فقد ذكرناه في النكاح[٧]، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي سعيد بن المسيَّب، والحسن البصري، وينظر لتخريج هذين الأثرَيْن: نصب الراية ٢٥١/٤، المصنَّف لابن أبي شيبة (١٧١٨١، ١٧٥٦).

(٢) أي قوله تعالىٰ: ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُنَّ ﴾. النور/٣١.

(٣) سنن ابن ماجه (١٩٢٨)، مسند أحمد (٢١٢)، وفيه: عبد الله بن لَهِيْعة، وصحح إسناده أحمد شاكر في تعليقه علىٰ المسند، والكلام في ابن لهيعة مشهورٌ، وينظر الكاشف للذهبي (٢٩٣٤) بتحقيق العلامة الشيخ محمد عوامة، والدراية ٢٣٠/٢.

(٤) صحيح مسلم (١٤٣٩).

(٥) أي الزوج.

(٦) أي يستقل المولىٰ بالعزل.

(٧) أي في مسألة: هل يكون الإذن في العزل إلىٰ المولىٰ أم إلىٰ الأمة؟.

فصلٌ

في الاستبراء، وغيرِه

ومَن اشترىٰ جاريةً، فإنه لا يَقْرَبُها، ولا يَلمِسُها، ولا يُقبِّلُها، ولا يَنظرُ إلىٰ فَرْجِها بشهوةٍ حتىٰ يَستبرِئها بحيضةٍ.

فصلٌ

في الاستبراء، وغيرِه

قال: (ومَن اشترىٰ جاريةً، فإنه لا يَقْرَبُها، ولا يَلمِسُها، ولا يُقبِّلُها، ولا يَنظرُ إلىٰ فَرْجِها بشهوةٍ حتىٰ يَستبرِئها بحيضةٍ).

والأصلُ فيه: قولُه عليه الصلاة والسلام في سَبَايا أَوْطاس[1]: «ألا لا تُوطأ الحَبالىٰ حتىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ، ولا الحَيالىٰ[2] حتىٰ يُستَبْرَأْنَ بحيضةٍ»[3].

أفاد وجوبَ الاستبراء علىٰ المولىٰ[4].

---

(١) موضعٌ علىٰ بُعد ثلاث مراحل من مكة المكرمة باتجاه الطائف (نحو ٣٥ كم)، وعندها جرت غزوة حُنين.

(٢) جمع: حائل: وهي التي لا حَمْلَ لها.

(٣) سنن أبي داود (٢١٥٧)، المستدرك (٢٧٩٠)، وسنده حسن، كما في التلخيص الحبير ١/١٧٢، وينظر نصب الراية ٤/٢٥٢.

(٤) وفي نُسخ: الموالي.

. . . .

ودلَّ علىٰ السبب في المَسْبِيَّة[١]، وهو استحداثُ الملك واليد؛ لأنه هو الموجودُ في مَوْرِدِ النص[٢].

وهذا لأن الحِكمةَ فيه: التعرُّفُ عن براءةِ الرَّحِمِ؛ صيانةً للمياه المحترَمة عن الاختلاط، والأنسابِ عن الاشتباه، وذلك[٣] عند حقيقة الشَّغْل، أو توهُّمِ الشَّغْل بماءٍ محترَمٍ، وهو أن يكون الولدُ ثابتَ النسبِ.

ويجب علىٰ المشتري، لا علىٰ البائع؛ لأن العلةَ الحقيقيةَ[٤]: إرادةُ الوطء، والمشتري هو الذي يريدُه، دونَ البائع، فيجبُ عليه، غيرَ أن الإرادةَ أمرٌ مُبَطَّنٌ، فيُدارُ الحُكمُ علىٰ دليلِها، وهو التمكُّنُ من الوطء، والتمكُّنُ إنما يثبتُ بالملك واليد، فانتصب سبباً، وأُدِيرَ الحُكمُ عليه[٥]؛ تيسيراً، فكان السببُ استحداثَ ملكِ الرقبةِ المؤكَّدِ باليد.

وتعدَّىٰ الحُكْمُ إلىٰ سائر أسبابِ الملك، كالشراء، والهبةِ، والوصيةِ، والميراثِ، والخلعِ، والكتابةِ، وغير ذلك.

وكذلك يجبُ علىٰ المشتري من مالِ الصبيِّ[٦]، ومن المرأةِ والمملوكِ،

---

(١) أي دلَّ الحديثُ أيضاً علىٰ سبب وجوب الاستبراء في الجارية المسبِيَّة.

(٢) وهو قوله صلىٰ الله عليه وسلم: لا توطأ الحبالىٰ.

(٣) إشارة إلىٰ شرط وجوب الاستبراء.

(٤) وفي نُسخ: لأن العلة علىٰ الحقيقة، وفي أخرىٰ: في الحقيقة.

(٥) أي علىٰ التمكن من الوطء.

(٦) يعني إذا باع أبُ الصبيِّ جارية الصبي: فإنه يجب علىٰ المشتري الاستبراء.

. . . .

وممَّن لا يَحِلُّ له وطؤها.

وكذا إذا كانت المشتراةُ بِكْراً لم تُوطأ؛ لتحقُّق السبب[1]، وإدارةُ الأحكامِ علىٰ الأسباب، دونَ الحِكَم[2]؛ لبطونها، فيُعتبرُ تحقُّقُ السببِ عند توهُّم الشَّغْل.

وكذا لا يُجتَزأُ بالحيضة التي اشتراها في أثنائها.

ولا بالحيضةِ التي حاضَتْها بعد الشراء، أو غيرِه من أسبابِ الملك قبلَ القبض.

ولا بالولادةِ الحاصلةِ بعدها قبلَ القبض.

خلافاً لأبي يوسف[3] رحمه الله؛ لأن السببَ استحداثُ الملك واليد، والحُكْمُ لا يَسبقُ السببَ.

وكذا لا يُجتَزأُ بالحاصل[4] قبلَ الإجازة في بيع الفضولي وإن كانت في يدِ المشتري.

---

(١) وهو استحداث الملك واليد.

(٢) جمع: حِكمة، يعني أن العلة في وجوب الاستبراء: استحداث ملك اليمين واليد، والحكمةُ هي: تَعرُّفُ براءة الرحم، والحُكم يدور علىٰ السبب، لا علىٰ الحكمة؛ لخفائها. البناية ٥١٩/١٤.

(٣) أي يُجتزأ بالحيضة عنده.

(٤) أي الاستبراء الحاصل.

. . . .

ولا بالحاصلِ بعدَ القبضِ في الشراء الفاسدِ، قبلَ أن يشتريَها شراءً صحيحاً؛ لِمَا قلنا.

ويجبُ[١] في جاريةٍ للمشتري فيها شِقْصٌ، فاشترىٰ الباقي؛ لأن السببَ قد تَمَّ الآنَ، والحُكمُ يُضافُ إلىٰ تمام العلة.

ويُجتَزَأُ بالحيضة التي حاضَتْها بعدَ القبض وهي مجوسيةٌ أو مكاتَبَةٌ، بأن كاتَبَها بعد الشراء، ثم أسلمتِ المجوسيةُ، أو عَجَزَتِ المكاتَبَةُ؛ لوجودها بعد السبب، وهو استحداثُ الملكِ واليد، إذ هو مُقتَضٍ للحِلِّ والحُرمةِ لمانعٍ، كما في حالة الحيض.

ولا يجبُ الاستبراءُ إذا رَجَعَتِ الآبِقَةُ، أو رُدَّتِ المغصوبةُ، أو المؤاجَرَةُ، أو فُكَّتِ المَرهونةُ؛ لانعدام السببِ، وهو استحداثُ الملك واليد، وهو سببٌ متعيِّنٌ، فأُدِيرَ الحُكمُ عليه وجوداً وعَدَماً، ولها[٢] نظائرُ كثيرةٌ، كَتَبْناها في «كفاية المنتهي».

وإذا ثبت وجوبُ الاستبراءِ، وحَرُمُ الوطء: حَرُمَتِ الدواعي؛ لإفضائها إليه، أو لاحتمال وقوعِها في غير الملك، علىٰ اعتبار ظهورِ الحبَل، ودِعوة البائع.

---

(١) أي يجب الاستبراء.

(٢) وفي نُسخ: ولهذا.

. . . .

بخلاف الحائضِ حيثُ لا تَحرُمُ الدواعي فيها: لأنه لا يَحتملُ الوقوعُ في غير الملك.

ولأنه زمانُ نَفْرَةٍ، فالإطلاقُ في الدواعي: لا يُفضي إلىٰ الوطء، والرغبةُ في المُشتراةِ قبلَ الدخول: أصدقُ الرغبات، فتُفضي إليه.

ولم يَذكُرِ الدواعيَ في المَسْبِيَّة، وعن محمد رحمه الله: أنها لا تَحرُمُ؛ لأنها لا يَحتملُ وقوعُها في غير الملك؛ لأنه لو ظَهَرَ بها حَبَلٌ: لا تصح دِعوة الحربيِّ، بخلاف المشتراة، علىٰ ما بيَّنَّا.

والاستبراءُ في الحامِلِ: بوَضْعِ الحَمْلِ؛ لِمَا روينا.

وفي ذواتِ الأشهُر: بالشهر؛ لأنه أُقيمَ في حقِّهنَّ مَقامَ الحِيَضِ؛ كما في المعتدة.

وإذا حاضت في أثنائه: بَطَلَ الاستبراءُ بالأيام؛ للقُدْرة علىٰ الأصل قبلَ حصولِ المقصودِ بالبدل، كما في المعتدة.

فإن ارتفعُ حيضُها: تَرَكَها، حتىٰ إذا تَبَيَّنَ أنها ليست بحاملٍ: وَقَعَ عليها.

وليس فيه تقديرٌ في ظاهر الرواية.

وقيل: يتبيَّنُ بشهرين أو ثلاثة.

وعن محمدٍ رحمه الله: أربعةُ أشهرٍ وعشرةُ أيام.

وعنه[1]: شهران وخمسةُ أيامٍ.

---

(١) أي عن محمد رحمه الله.

ولا بأسَ بالاحتيالِ لإسقاطِ الاستبراءِ عند أبي يوسف رحمه الله، خلافاً لمحمدٍ رحمه الله.

اعتباراً بعِدَّة الحرَّة[١]، أو الأمةِ في الوفاة.

وعن زفر رحمه الله: سنتان، وهو روايةٌ عن أبي حنيفة رحمه الله.

قال: (ولا بأسَ بالاحتيالِ لإسقاطِ الاستبراءِ عند أبي يوسف رحمه الله، خلافاً لمحمدٍ رحمه الله)، وقد ذكرنا الوجهَيْن[٢] في الشفعة.

والمأخوذُ[٣]: قولُ أبي يوسف رحمه الله فيما إذا عُلِمَ أن البائع لم يَقرَبْها في طُهْرِها ذلك.

وقولُ محمدٍ رحمه الله: فيما إذا قَرُبَها.

والحِيلةُ فيه[٤] فيما إذا لم يكن تحت المشتري حرةٌ: أن يَتزوَّجها قبلَ الشراء، ثم يشتريَها.

ولو كانت[٥]: فالحيلةُ: أن يُزوِّجَها البائعُ قبلَ الشراء، أو المشتري قبلَ

---

(١) قوله: اعتباراً بعدة الحرة: يرجع إلىٰ قوله: أربعة أشهر وعشرة أيام.
وقوله: أو الأمة: يرجع إلىٰ قوله: شهران وخمسة أيام، بطريق اللف والنشر.
وقوله: في الوفاة: يرجع إلىٰ الحرة والأمة جميعاً. البناية ١٤/٥٢٥.

(٢) أي وجه كل قول منهما.

(٣) أي المفتىٰ به. البناية ١٤/٥٢٦.

(٤) أي في إسقاط الاستبراء.

(٥) أي حرة تحت المشتري.

ولا يَقرَبُ المُظاهِرُ، ولا يَلمِسُ، ولا يُقبِّلُ، ولا ينظرُ إلىٰ فَرْجِها بشهوةٍ حتىٰ يُكفِّرَ.

القبضِ ممَّن يُوثَقُ به، ثم يشتريَها، ويَقبضَها، أو يقبضَها، ثم يُطلِّقُ الزوجُ[(١)].

لأن عند وجودِ السبب، وهو استحداثُ الملكِ المؤكَّد بالقبض إذا لم يكن فَرْجُها حلالاً له: لا يجبُ الاستبراءُ وإن حَلَّ بعد ذلك؛ لأن المعتبرَ أوانُ وجودِ السبب، كما إذا كانت معتدةَ الغيرِ.

قال: (ولا يَقربُ المُظاهِرُ، ولا يَلمِسُ، ولا يُقبِّلُ، ولا ينظرُ إلىٰ فَرْجِها بشهوةٍ حتىٰ يُكفِّرَ)؛ لأنه لَمَّا حَرُمَ الوطءُ إلىٰ أن يُكفِّر: حَرُمَت الدواعي؛ للإفضاء إليه، لأن الأصلَ أنَّ سببَ الحرام حرامٌ، كما في الاعتكاف والإحرام، وفي المنكوحةِ إذا وُطِئتْ بشُبهةٍ.

بخلاف حالةِ الحيضِ والصوم؛ لأن الحيضَ يمتدَّ شَطْرَ عُمرِها، والصومُ يمتدُّ شهراً فرضاً، وأكثرُ العمر نَفْلاً، ففي المنع عنها: بعضُ الحرج، ولا كذلك ما عددناها؛ لقصور مُدَدِها.

وقد صحَّ أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يُقَبِّلُ وهو صائم[(٢)].

ويُضاجِعُ نساءَه وهنَّ حُيَّض[(٣)].

---

(١) هذا لفٌّ ونشرٌ، يعني يشتريها ويقبضها إذا زوَّجها البائع، أو يقبضها إذا زوَّجها المشتري قبل القبض. البناية ١٤/٥٢٥.

(٢) صحيح البخاري (١٩٢٧)، صحيح مسلم (١١٠٦).

(٣) صحيح البخاري (٣٢٢)، صحيح مسلم (٢٩٣).

ومَن له أَمَتان أختان، فقبَّلهُما بشهوةٍ: فإنه لا يُجامِعُ واحدةً منهما، ولا يُقبِّلُها، ولا يَمَسُّها بشهوةٍ، ولا يَنظرُ إلىٰ فرجِها بشهوةٍ حتىٰ يُمَلِّكَ فرجَ الأخرىٰ غيرَه بملكٍ، أو نكاحٍ، أو يُعتِقَها.

قال: (ومَن له أَمَتان أختان، فقَبَّلهُما بشهوةٍ: فإنه لا يُجامِعُ واحدةً منهما، ولا يُقبِّلُها، ولا يَمَسُّها بشهوةٍ، ولا يَنظرُ إلىٰ فرجِها بشهوةٍ حتىٰ يُمَلِّكَ[1] فرجَ الأخرىٰ غيرَه بملكٍ[2]، أو نكاحٍ، أو يُعتِقَها).

وأصلُ هذا: أن الجمعَ بين الأُختين المملوكتَيْن لا يجوزُ وطئاً؛ لإطلاق قوله تعالىٰ: ﴿وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ﴾. النساء/٢٣.

ولا يعارَضُ بقوله تعالىٰ: ﴿أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ﴾. النساء/٣ ؛ لأن الترجيحَ للمحرِّم.

وكذا لا يجوزُ الجمعُ بينهما في الدواعي؛ لإطلاق النص.

ولأن الدواعيَ إلىٰ الوطء: بمنزلة الوطء في التحريم، علىٰ ما مهَّدْناه من قبلُ، فإذا قبَّلَهما: فكأنه وَطِئهما، ولو وَطِئهما: فليس له أنْ يجامِعَ إحداهما، ولا أن يأتيَ بالدواعيَ فيهما[3]، فكذا إذا قبَّلَهما.

---

(١) هكذا ضُبط هذا اللفظ في نُسخ الهداية، وكذلك في نُسخ بداية المبتدي.

(٢) وفي نُسخ: بملك يمين، وسيأتي في كلام المصنف بعد قليل ما يؤكد أنها: بملك: فقط.

(٣) وفي نُسخ: فيها.

. . . .

وكذا إذا مسَّهَما بشهوةٍ، أو نَظَرَ إلىٰ فَرْجِهما بشهوةٍ؛ لِمَا بيَّنَّا، إلا أنْ يُمَلِّكَ فرجَ الأخرىٰ غيرَه بملكٍ أو نكاحٍ أو يُعتِقَها؛ لأنه لَمَّا حَرُمَ عليه فرجُها: لم يَبْقَ جامِعاً.

وقولُه[1]: بملكٍ: أراد به ملكَ يمينٍ، فينتظمُ التمليكَ بسائر أسبابه، بيعاً أو غيرَه.

وتمليكُ الشِّقْصِ فيه: كتمليك الكلِّ؛ لأن الوطءَ يَحرمُ به.

وكذا إعتاقُ البعضِ من إحداهما: كإعتاق كلِّها.

وكذا الكتابةُ: كالإعتاق في هذا؛ لثبوت حُرمةِ الوطءِ بذلك كلِّه.

وبِرَهْنِ إحداهما، وإجارتِها، وتدبيرِها: لا تَحِلُّ الأخرىٰ، لأنها لا تخرجُ بها عن ملكِه.

وقولُه[2]: أو نكاحٍ: أراد به النكاحَ الصحيحَ.

أما إذا زوَّجَ إحداهما نكاحاً فاسداً: لا يُباحُ له وطءُ الأخرىٰ، إلا أن يَدخلُ الزوجُ بها فيه؛ لأنه تجبُ العِدةُ عليها، والعدةُ: كالنكاحِ الصحيح في التحريم.

---

(١) أي قول الإمام محمد رحمه الله في الجامع الصغير الذي تقدم قريباً في بداية المبتدي.

(٢) أي قولُ الإمام محمد رحمه الله.

ويُكره أنْ يُقَبِّلَ الرجلُ فمَ الرجلِ، أو يدَه، أو شيئاً منه، أو يُعانِقَه.

ولو وطئ إحداهما: حَلَّ له وطءُ الموطوءة، دون الأخرىٰ؛ لأنه يصيرُ جامعاً بوطءِ الأخرىٰ، لا بوطءِ الموطوءة.

وكلُّ امرأتَيْن لا يجوزُ الجمعُ بينهما نكاحاً فيما ذكرناه: بمنزلة الأختَيْن.

قال: (ويُكره أنْ يُقَبِّلَ الرجلُ فمَ الرجلِ، أو يدَه، أو شيئاً منه، أو يُعانِقَه).

وذكر الطحاويُّ رحمه الله أنَّ هذا قولُ أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا بأسَ بالتقبيل والمُعانقة؛ لِمَا رُوي أنَّ النبيَّ عليه الصلاة والسلام عانَقَ جعفراً رضي الله عنه حين قَدِمَ من الحَبَشة، وقَبَّل بين عَيْنَيْه[1].

ولهما: ما رُوي أنَّ النبيَّ عليه الصلاة والسلام نهىٰ عن المُكَامَعَة، وهي المُعانَقَةُ، وعن المُكاعَمَة، وهي التقبيل[2].

وما رواه: محمولٌ علىٰ ما قبلَ التحريم.

قالوا[3]: الخلافُ في المُعانقة: في إزارٍ واحدٍ[4]، أما إذا كان عليه

---

(١) سنن أبي داود (٥٢٢٠)، مرسلاً عن الشعبي، المستدرك للحاكم (١١٩٦)، المعجم الكبير للطبراني (١٤٧٠)، الدراية ٢/٢٣١.

(٢) سنن أبي داود (٤٠٤٩)، سنن الترمذي (٢٧٢٨)، وقال: حديث حسنٌ.

(٣) أي مشايخ الحنفية رحمهم الله.

(٤) أي عن شهوة، أما إذا كان علىٰ وجه البِرِّ والكرامة: فلا بأس به. ينظر العناية ٨/٤٨٥.

ولا بأسَ بالمصافحة.

قميصٌ، أو جُبَّةٌ: فلا بأس بها، بالإجماع، وهو الصحيح.

قال: (ولا بأسَ بالمصافحة)؛ لأنه هو المتوارَثُ[1].

وقال عليه الصلاة والسلام: «مَن صافَحَ أخاه المسلمَ، وحَرَّكَ يدَه: تناثرتْ ذنوبُه»[2]، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أراد به أنها سُنَّةٌ قديمة بين الناس في البَيْعة وغيره، وذكَّر الضمير: باعتبار التصافح. البناية ١٤/٥٣٧.

(٢) المعجم الأوسط (٢٤٥)، مسند البزار (٨٣٣٥)، الدراية ٢/٢٣٣، والأحاديث في المصافحة والمغفرة عديدةٌ وشواهد تقوِّيه.

فصلٌ في البيع

ولا بأسَ ببيع السِّرْقِين، ويُكره بيعُ العَذِرَةِ.

فصلٌ في البيع

قال: (ولا بأسَ ببيع السِّرْقِين[١]، ويُكره بيعُ العَذِرَةِ).

وقال الشافعيُّ[٢] رحمه الله: لا يجوزُ بيعُ السِّرقِين أيضاً؛ لأنه نَجِسُ العَيْن، فشابَه العَذِرَةَ، وجِلْدَ الميتةِ قبلَ الدباغ.

ولنا: أنه مُنتَفَعٌ به؛ لأنه يُلقىٰ في الأراضي؛ لاستكثار الرَّيْعُ[٣]، فكان مالاً، والمالُ محلٌّ للبيع.

بخلاف العَذِرَة؛ لأنه يُنتَفَعُ بها مخلوطاً[٤].

ويجوزُ بيعُ المَخلوطُ، هو المَرْوِيُّ عن محمدٍ رحمه الله، وهو الصحيح.

وكذا يجوز الانتفاعُ بالمَخلوط، لا بغير المخلوط، في الصحيح.

والمخلوطُ: بمنزلة زيتٍ خالطَتْه النجاسةُ.

---

(١) ويقال: السِّرْجين، والعُرَّة، وهو الزبل، وبه تُعالج الأرض لنمائها.

(٢) الوسيط ٣/١٧.

(٣) الرَّيْع: أي الغلة. المغرب ١/٥٧.

(٤) بالتراب أو الرماد، وفي طبعات الهداية القديمة: لا يُنتفع بها إلا مخلوطاً.

ومَن عَلِمَ بجاريةٍ أنها لرجلٍ، فرأىٰ آخَرَ يبيعُها، وقال وكَّلَني صاحبُها ببيعِها : فإنه يَسَعُه أن يبتاعَها، ويطأَها.

قال: (ومَن عَلِمَ بجاريةٍ أنها لرجلٍ، فرأىٰ آخَرَ يبيعُها، وقال وكَّلَني صاحبُها ببيعِها: فإنه يَسَعُه أن يبتاعَها، ويطأَها)؛ لأنه أَخبَرَ بخبرٍ صحيحٍ، لا منازِعَ له فيه، وقولُ الواحدِ في المعاملات مقبولٌ علىٰ أيِّ وصفٍ كان؛ لِمَا مرَّ من قبل.

وكذا إذا قال: اشتريتُها منه، أو وَهَبَها لي، أو تصدَّق بها عليَّ؛ لِمَا قلنا.

وهذا إذا كان ثقةً، وكذا إذا كان غيرَ ثقةٍ، وأكبرُ رأيِه أنه صادقٌ؛ لأن عدالةَ المخبرِ في المعاملات غيرُ لازمةٍ؛ للحاجة، علىٰ ما مَرَّ.

وإن كان أكبرُ رأيِه أنه كاذِبٌ: لم يَسَعْه[1] أن يتعرَّضَ لشيءٍ من ذلك[2]؛ لأن أكبرَ الرأيِ يُقامُ مَقامَ اليقين.

وكذا إذا لم يَعلم أنها لفلانٍ، ولكن أخبره صاحبُ اليدِ أنها لفلانٍ، وأنه وكَّله ببيعها، أو اشتراها منه، والمخبِرُ ثقةٌ: قُبِلَ قولُه.

وإن لم يكن ثقةً: يُعتبرُ أكبرُ الرأي؛ لأن إخبارَه حجةٌ في حَقِّه وإن لم يُخبِرْه صاحبُ اليدِ بشيءٍ.

فإن كان عَرَفَها للأول: لم يَشتَرِها حتىٰ يَعلمَ انتقالَها إلىٰ مِلكِ الثاني؛ لأن يدَ الأولِ دليلُ ملكِه.

---

(١) وفي نُسخ: لم يَسَعْ له، وفي نُسخ أخرىٰ: لا ينبغي له.

(٢) أي من الاشتراء أو البيع.

. . . .

وإن كان لا يَعرفُ ذلك: له أن يشتريَها وإن كان ذو اليد فاسقاً؛ لأن يدَ الفاسق دليلٌ علىٰ الملكِ في حَقِّ الفاسقِ والعدلِ، ولم يُعارِضْه معارِضٌ.

ولا معتبرَ بأكبر الرأيِ عند وجودِ الدليلِ الظاهرِ، إلا أن يكون مثلُه لا يَملكُ مثلَ ذلك، فحينئذٍ يُستحَبُّ له أن يَتنزَّه.

ومع ذلك لو اشتراها: يُرجَىٰ أن يكونَ في سَعَةٍ من ذلك؛ لاعتماده الدليلَ الشرعيَّ.

وإن كان الذي أتاه بها عبداً أو أمةً: لم يَقبَلْها، ولم يَشتَرِها حتىٰ يسألَ؛ لأن المملوكَ لا مِلكَ له، فيُعلَمُ أن الملكَ فيها لغيره.

فإن أخبره أنَّ مولاه أَذِنَ له، وهو ثقةٌ: قُبِلَ.

وإن لم يكن ثقةً: يُعتبرُ فيه أكبرُ الرأي.

وإن لم يكن له رأيٌ: لم يَشتَرِها؛ لقيام الحاجِرِ[1]، فلا بدَّ من دليل.

قال: ولو أنَّ امرأةً أخبرَها ثقةٌ أن زوجَها الغائبَ مات عنها، أو طلَّقَها ثلاثاً، أو كان غيرَ ثقةٍ، وأتاها بكتاب من زوجِها بالطلاق، ولا تدري أنه كتابُه، أم لا، إلا أنَّ أكبرَ رأيِها أنه حَقٌّ، يعني به بعد التحرِّي: فلا بأس بأن تعتدَّ، ثم تتزوَّجَ؛ لأن القاطعَ طارئٌ، ولا منازِعَ به.

وكذا لو قالتْ لرجلٍ: طلَّقَني زوجي، وانقَضَتْ عدَّتي: فلا بأس بأن يتزوجها.

---

(١) بالراء: هو الرِّق.

. . . .

وكذا إذا قالتِ المطلَّقةُ الثلاثَ: انقضتْ عِدَّتي، وتزوَّجتُ بزوجٍ آخَرَ، ودَخَلَ بي، ثم طلَّقني، وانقضتْ عدَّتي: فلا بأسَ بأن يتزوجها الزوجُ الأولُ.

وكذا لو قالت جاريةٌ: كنتُ أمةً لفلانٍ، فأعتقني؛ لأن القاطعَ طارئٌ.

ولو أخبرها مخبِرٌ أنَّ أصلَ النكاح كان فاسداً، أو كان الزوجُ حين تزوجها مرتدّاً، أو أخاها من الرضاعة: لم يُقبَلْ قولُه حتىٰ يَشهدَ بذلك رجلان، أو رجلٌ وامرأتان.

وكذا إذا أخبره مُخبِرٌ أنكَ تزوجتَها وهي مرتدَّةٌ، أو أختُكَ من الرضاعة: لم يتزوَّجْ بأختِها، أو أربعٍ سواها حتىٰ يَشهدَ بذلك عدلان؛ لأنه أخبر بفسادٍ مقارِنٍ، والإقدامُ علىٰ العقدِ يدلُّ علىٰ صحته، وإنكارِ فسادِه، فيثبتُ المنازعُ بالظاهر.

بخلاف ما إذا كانتِ المنكوحةُ صغيرةً، فأُخبِرَ الزوجُ أنها ارتضعتْ من أُمِّه أو أختِه، حيث يُقبَلُ قولُ الواحدِ فيه؛ لأن القاطعَ طارئٌ فيه، والإقدامُ الأولُ لا يدل علىٰ انعدامه، فلم يثبتِ المنازِعُ، فافترقا.

وعلىٰ هذا الحرفِ[1]: يدورُ الفَرْقُ.

ولو كانت جاريةٌ صغيرةٌ لا تُعبِّرُ عن نفسِها في يدِ رجلٍ يدَّعي أنها له، فلما كَبِرَتْ لقِيَها رجلٌ في بلدٍ آخَرَ، فقالت: أنا حُرَّةُ الأصل: لم يسَعْه أن يتزوَّجها؛ لتحقُّقِ المنازِعِ، وهو ذو اليد، بخلاف ما تقدَّم.

---

(١) أي علىٰ هذه النكتة. البناية ١٤/٥٥٠.

وإذا باع المسلمُ خمراً، وأَخَذَ ثمنَها، وعليه دينٌ: فإنه يُكره لصاحب الدَّيْن أنْ يأخذَ منه، وإن كان البائعُ نصرانياً: فلا بأسَ به.

ويكره الاحتكارُ في أقواتِ الآدميينَ والبهائمِ، إذا كان ذلك في بلدٍ يُضِرُّ الاحتكارُ بأهله، وكذلك التلقِّي، فأما إذا كان لا يُضِرُّ: فلا بأس به.

قال: (وإذا باع المسلمُ خمراً، وأَخَذَ ثمنَها، وعليه دينٌ: فإنه يُكره لصاحب الدَّيْن أنْ يأخذَ منه.

وإن كان البائعُ نصرانياً: فلا بأسَ به).

والفرقُ: أن البيعَ في الوجه الأول: قد بَطَلَ؛ لأن الخمرَ ليس بمال متقوِّمٍ في حقِّ المسلم، فبقيَ الثمنُ علىٰ ملكِ المشتري، فلا يَحِلُّ له أَخْذُهُ من البائع.

وفي الوجه الثاني: صحَّ البيعُ؛ لأنه مالٌ متقوِّمٌ في حقِّ الذميِّ، فمَلَكَه البائعُ، فيَحِلُّ الأخذُ منه.

[حكم الاحتكار:]

قال: (ويكره الاحتكارُ في أقواتِ الآدميينَ والبهائمِ، إذا كان ذلك في بلدٍ يُضِرُّ الاحتكارُ بأهله، وكذلك التلقِّي، فأما إذا كان لا يُضِرُّ: فلا بأس به).

والأصلُ فيه: قولُه عليه الصلاة والسلام: «الجالِبُ مَرزوقٌ، والمحتكِرُ ملعونٌ»[1].

---

(١) سنن ابن ماجه (٢١٥٣)، قال البوصيري في الزوائد: فيه علي بن زيد بن جدعان، وهو ضعيف. اهـ، ورواه إسحاق بن راهويه، والدارمي (٢٥٨٦)، وعَبْد بن حميد (المنتخب ٣٣)، وأبو يعلىٰ الموصلي في مسانيدهم، والبيهقي في شعب الإيمان=

. . . .

ولأنه تعلَّقَ به حَقُّ العامة، وفي الامتناع عن البيع: إبطالُ حقِّهم، وتضييقُ الأمرِ عليهم، فيكره إذا كان يُضِرُّ بهم ذلك، بأن كانت البلدةُ صغيرةً.

بخلاف ما إذا لم يُضِرَّ، بأن كان المِصْرُ كبيراً؛ لأنه حابِسٌ مِلكَه[1] من غير إضرارٍ بغيره.

وكذلك التلقِّي: علىٰ هذا التفصيل؛ لأن النبيَّ عليه الصلاة والسلام نهىٰ عن تلقِّي الجَلَبِ[2]، وعن تلقِّي الرُّكْبان[3].

قالوا: هذا إذا لم يُلَبِّسِ المتلقِّي علىٰ التجَّار سعرَ البلدة، فإن لبَّس: فهو مكروهٌ في الوجهين[4]؛ لأنه غادِرٌ بهم.

وتخصيصُ الاحتكارِ بالأقوات، كالحنطة والشعير والتِّبْنِ والقَتِّ[5]: قولُ أبي حنيفة رحمه الله.

(١٠٧٠٠)، كما في نصب الراية ٤/٢٦١، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/١٣، وفتح الباري ٤/٣٤٣: إسناده ضعيف، وبلفظ: «لا يحتكر إلا خاطئ»: في صحيح مسلم (١٦٠٥).

(١) وضُبطت في نُسخ أخرىٰ: حابسُ ملكِه.

(٢) صحيح مسلم (١٥١٩).

(٣) صحيح مسلم (١٥٢١).

(٤) أضرَّ، أو لم يُضِر.

(٥) هي الفِصْفِصة إذا جفَّت، وهي الرطبة اليابسة، ويسمىٰ البرسيم، والدريس، ينظر البناية ١٤/٥٥٤.

. . . .

وقال أبو يوسف رحمه الله: كلُّ ما أَضَرَّ بالعامة حَبْسُه: فهو احتكارٌ وإن كان ذهباً أو فضةً أو ثوباً.

وعن محمدٍ رحمه الله أنه قال: لا احتكارَ في الثياب.

فأبو يوسف رحمه الله اعتبرَ حقيقةَ الضرر، إذ هو المؤثِّرُ في الكراهة، وأبو حنيفة رحمه الله اعتبرَ الضررَ المعهودَ المتعارَفَ.

ثم المدة إذا قَصُرَتْ: لا يكونُ احتكاراً؛ لعدم الضرر، وإذا طالتْ: يكون احتكاراً مكروهاً؛ لتحقُّقِ الضرر.

ثم قيل: هي مقدَّرةٌ بأربعين يوماً؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن احتكر طعاماً أربعينَ ليلةً[1]: فقد بَرِئَ من الله، وبرئَ اللهُ منه»[2].

وقيل بالشهر؛ لأن ما دونه: قليلٌ عاجلٌ، والشهرُ وما فوقَه: كثيرٌ آجِلٌ، وقد مَرَّ في غيرِ موضعٍ.

ويَقعُ التفاوتُ في المَأْثمِ بين أن يتربَّصَ العِزَّةَ[3]، وبين أن يتربَّصَ القحطَ، والعياذُ بالله.

---

(١) وفي نُسخ: يوماً. وقد جاء الحديث هكذا وهكذا.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة (٢٠٣٩٦)، مسند أحمد (٤٨٨٠)، المستدرك للحاكم (٢١٦٥)، المعجم الأوسط (٤٨٢٦)، وفي إسناده مقال، كما في فتح الباري ٣٤٨/٤، وينظر البدر المنير ٤٦٧/١٦، وصححه أحمد شاكر في تعليقه علىٰ المسند.

(٣) أي عزَّة الطعام، بأن يكون عزيزاً نادراً.

ومَن احتكر غَلَّةَ ضَيْعتِه، أو ما جَلَبَه من بلدٍ آخَرَ: فليس بمحتكرٍ.

وقيل: المدةُ[١]: للمعاقبة في الدنيا، أمَّا يأثمُ[٢] وإن قَلَّتِ المدةُ.

والحاصلُ أن التجارةَ في الطعام غيرُ محمودةٍ[٣].

قال: (ومَن احتكر غَلَّةَ ضَيعتِه، أو ما جَلَبَه من بلدٍ آخَرَ: فليس بمحتكِرٍ).

أما الأولُ[٤]: فلأنه خالِصُ حَقِّه، ولم يتعلَّقْ به حَقُّ العامة؛ ألا ترىٰ أنَّ له أن لا يَزرعَ، فكذلك له أن لا يبيعَ.

وأما الثاني: فالمذكور قولُ أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن حَقَّ العامة إنما يتعلَّقُ بما جُمِعَ في المصر، وجُلِبَ إلىٰ فِنائها.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يكره؛ لإطلاقِ ما روينا.

وقال محمدٌ رحمه الله: كلُّ ما يُجلَبُ منه إلىٰ المصر في الغالب: فهو بمنزلة فِناءِ المصر، يَحرُمُ الاحتكارُ فيه؛ لتعلُّقِ حَقِّ العامة به.

بخلاف ما إذا كان البلدُ بعيداً، لم تَجرِ العادةُ بالحَمْل منه إلىٰ المصر؛ لأنه لم يَتعلَّقْ به حَقُّ العامة.

---

(١) أي ضرب المدة في الاحتكار: لأجل المعاقبة في الدنيا بالتعزير.

(٢) قال في البناية ١٤/٥٥٧: تقديرُه: أمَّا الإثمُ: فإنه يأثمُ وإن قلَّتِ المدة، وهذا تركيبٌ تأباه قواعدُ العربية إلا بالتأويل. اهـ

(٣) يعني بطريق الاحتكار، أما الاسترباح فيه بلا احتكار: فلا بأس به، كذا في الفوائد الشاهيَّة. اهـ البناية ١٤/٥٥٧، والفوائد الشاهية في فروع الحنفية: ذكره في كشف الظنون ٢/١٢٩٨، ولم يذكر اسم مؤلفه.

(٤) وهو ما إذا احتكر غلة ضيعته.

ولا ينبغي للسُّلطان أن يُسعِّرَ علىٰ الناس.

قال: (ولا ينبغي للسُّلطان أن يُسعِّرَ علىٰ الناس)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تُسَعِّروا، فإن اللهَ هو المسعِّرُ القابِضُ الباسطُ الرَّازقُ»(١).

ولأن الثمنَ حَقُّ العاقدِ، فإليه تقديرُه، فلا ينبغي للإمام أن يتعرَّضَ لِحَقِّه، إلا إذا تعلَّقَ به دَفْعُ ضررِ العامة، علىٰ ما نُبَيِّن.

وإذا رُفِعَ إلىٰ القاضي هذا الأمرُ: يأمرُ المحتكِرَ ببيع ما فَضَلَ عن قُوتِه وقُوتِ أهلِه، علىٰ اعتبار السَّعَة في ذلك، ويَنهاه عن الاحتكار.

فإن رُفِعَ إليه مرةً أخرىٰ: حَبَسَه، وعَزَّره علىٰ ما يرىٰ؛ زجراً له، ودَفْعاً للضرر عن الناس.

فإن كان أربابُ الطعام يتحكَّمون، ويتَعَدَّوْن عن القيمة تعدِّياً فاحشاً(٢)، وعَجَزَ القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير: فحينئذٍ لا بأسَ به بمَشورةٍ من أهل الرأي والبصيرة(٣).

فإذا فَعَلَ ذلك، وتعدَّىٰ رجلٌ عن ذلك، وباع بأكثر منه: أجازه القاضي، وهذا ظاهرٌ عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه لا يَرىٰ الحَجْرَ علىٰ الحُرِّ، وكذا عندهما، إلا أنْ يكونَ الحَجْرُ علىٰ قومٍ بأعيانهم.

---

(١) سنن أبي داود (٣٤٥١)، سنن الترمذي (١٣١٤)، وقال: حسن صحيح، وينظر البدر المنير ١٦/٤٧١.

(٢) وهو الذي يبيعه بضِعف ما يُباع به. حاشية نسخة ٨٦٠هـ.

(٣) وفي نُسخ: البصر.

ويُكره بيعُ السلاحِ في أيام الفتنة.

ولا بأس ببيع العصيرِ ممَّن يُعلَمُ أنه يتَّخِذُه خمراً.

ومَن باع منهم بما قدَّره الإمامُ: صحَّ؛ لأنه غيرُ مُكرَهٍ علىٰ البيع.

وهل يبيعُ القاضي علىٰ المحتكِرِ طعامَه من غير رضاه؟:

قيل: هو علىٰ الاختلاف الذي عُرِفَ في بيع مالِ المديون[1].

وقيل: يبيعُ، بالاتفاق؛ لأن أبا حنيفة رحمه الله يرىٰ الحَجْرَ لدفع ضررٍ عامٍّ، وهذا كذلك.

قال: (ويُكره بيعُ السلاحِ في أيام الفتنة).

معناه: ممَّن يُعرَفُ أنه من أهل الفتنة؛ لأنه تسبِيْبٌ إلىٰ المعصية، وقد بيَّنَّاه في السِّيَر.

وإن كان لا يُعرَفُ أنه من أهل الفتنة: لا بأس بذلك؛ لأنه يَحتَمِلُ أن لا يستعملَه في الفتنة، فلا يُكره بالشك.

قال: (ولا بأس ببيع العصيرِ[2] ممَّن يُعلَمُ أنه يتَّخِذُه خمراً)؛ لأن المعصيةَ لا تُقامُ بعَيْنه، بل بعد تغيُّرِه.

بخلاف بيعِ السلاح في أيام الفتنة؛ لأن المعصيةَ تقوم بعَيْنه

---

(١) أي بيع مال المديون المفلس إذا امتنع عن البيع: قال بعضهم: لا يبيع علىٰ مذهب أبي حنيفة، ويبيع علىٰ مذهبهما. اهـ البناية ١٤/٥٦١.

(٢) أي عصير العنب. مجمع الأنهر ٢/٥٤٨.

ومَن آجَرَ بيتاً ليُتَّخَذَ فيه بيتُ نارٍ، أو كنيسةٌ، أو بِيْعةٌ، أو يُباعَ فيه الخمرُ بالسَّواد: فلا بأس به، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: لا ينبغي أن يُكرِيَه لشيءٍ من ذلك.

قال: (ومَن آجَرَ بيتاً ليُتَّخَذَ فيه بيتُ نارٍ، أو كنيسةٌ، أو بِيْعةٌ، أو يُباعَ فيه الخمرُ بالسَّواد: فلا بأس به، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: لا ينبغي أن يُكرِيَه لشيءٍ من ذلك)؛ لأنه إعانةٌ علىٰ المعصية.

وله: أن الإجارةَ تَرِدُ علىٰ منفعةِ البيت، ولهذا تجبُ الأجرةُ بمجرد التسليم، ولا معصيةَ فيه، وإنما المعصيةُ بفعلِ المستأجِر، وهو مختارٌ فيه، فقَطَعَ نسبتَه عنه.

وإنما قيَّده بالسَّواد: لأنهم لا يُمكَّنون من اتخاذ البِيَعِ والكنائسِ، وإظهارِ بَيْعِ الخمور والخنازير في الأمصار؛ لظهور شعائرِ الإسلامِ فيها[١]، بخلاف السَّوَاد.

قالوا[٢]: هذا كان في سَوَاد الكوفة؛ لأن غالبَ أهلِها أهلُ الذمة، فأما في سَوَادنا: فأعلامُ الإسلامِ فيها ظاهرةٌ، فلا يُمكَّنونَ فيها[٣] أيضاً، وهو الأصحُّ.

---

(١) أي الأمصار.

(٢) أي المشايخ رحمهم الله.

(٣) أي في أمصارنا. حاشية نسخة ٩٨١هـ، لكن في حاشية نسخة ٧٣٨هـ قال: أي في السَّواد.

ومَن حَمَلَ لذِمِّيٍّ خمراً: فإنه يَطيبُ له الأجرُ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: يكره له ذلك.

ولا بأس ببيع بناءِ بيوتِ مكَّةَ، ويكره بيعُ أرضِها.

قال: (ومَن حَمَلَ لذِمِّيٍّ خمراً: فإنه يَطيبُ له الأجرُ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: يكره له ذلك)؛ لأنه إعانةٌ علىٰ المعصية.

وقد صحَّ أنَّ النبي عليه الصلاة والسلام لَعَنَ في الخمر عشراً: حاملَها، والمَحمولَةَ إليه[1].

وله: أن المعصيةَ في شُرْبِها، وهو فِعْلُ فاعلٍ مختارٍ، وليس الشربُ من ضرورات الحَمْل، ولا يُقصَدُ به.

والحديثُ: محمولٌ علىٰ الحملِ المقرونِ بقصد المعصية.

قال: (ولا بأس ببيع بناءِ بيوتِ مكَّةَ، ويكره بيعُ أرضِها[2])، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: لا بأس ببيع أرضِها أيضاً، وهو روايةٌ عن أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنها مملوكةٌ لهم؛ لظهور الاختصاصِ الشرعيِّ بها، فصار كالبناء.

---

(١) سنن أبي داود (٣٦٧٤)، سنن الترمذي (١٢٩٥)، سنن ابن ماجه (٣٣٨١)، وصححه ابن حبان (٥٣٥٦).

(٢) وفي نُسخ: أراضيها. اهـ، قلت: قد يملك الإنسانُ البناءَ، ولا يملك الأرضَ التي بُني عليها.

. . . .

ولأبي حنيفة رحمه الله: قولُه عليه الصلاة والسلام: «ألا إنَّ مكةَ حرامٌ، لا تُباعُ رِباعُها، ولا تُورَثُ»[1].

ولأنها حُرَّةٌ[2] محترَمةٌ؛ لأنها فِناءُ الكعبة، وقد ظهر آيةُ أثرِ التعظيم فيها، حتىٰ لا يُنَفَّرُ صيدُها، ولا يُختلَىٰ خَلاها، ولا يُعضَدُ شوكُها، فكذا في حقِّ البيع، بخلاف البناء؛ لأنه خالِصُ ملكِ الباني.

ويكره إجارتُها أيضاً؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن آجَرَ أرضَ مكةَ: فكأنما أَكَلَ الربا»[3].

ولأن أراضي مكةَ تسمىٰ: السوائبَ[4] علىٰ عهدِ رسول الله عليه الصلاة والسلام[5]، مَن احتاج إليها: سكَنَها، ومَن استغنىٰ عنها: أسكن غيرَه.

ومَن وَضَعَ درهماً عند بقَّالٍ يأخذُ منه ما شاء: يكره له ذلك؛ لأنه

---

(١) سنن الدارقطني (٣٠١٤)، المستدرك (٢٣٢٦)، وله عدة طرق بألفاظ متقاربة تنظر في الدراية ٢/٣٥.

(٢) أي لأن مكة خالصةٌ لله تعالىٰ. البناية ١٤/٥٧٢.

(٣) ينظر الدراية ٢/٢٣٥ وأن هذا اللفظ حُرِّف من: «مَن أكل من أجر بيوت مكة شيئاً: فإنما يأكل ناراً»، وأنه رواه محمد بن الحسن في الآثار، والحاكم في المستدرك وغيرهما، وينظر البناية ١٤/٥٧٢.

(٤) جَمْع: سائبة، أي التي لا مالكَ لها، يَنتفع بها مَن يشاء.

(٥) سنن ابن ماجه (٣١٠٧)، قال في الزوائد: إسناده صحيح، الدراية ٢/٢٣٧.

. . . .

مَلَّكَه قرضاً جَرَّ به نفعاً، وهو أن يأخذَ منه ما شاء حالاً فحالاً، ونهىٰ رسولُ الله عليه الصلاة والسلام عن قَرْضٍ جَرَّ نفعاً[1].

وينبغي أن يستودِعَه، ثم يأخذَ منه ما شاء جزءاً فجزءاً؛ لأنه وديعةٌ، وليس بقَرْضٍ، حتىٰ لو هَلَكَ: لا شيءَ علىٰ الآخِذِ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * *

---

(١) مسند الحارث (٤٣٧) بلفظ: «كل قرض جرَّ منفعة فهو رباً»، سنن البيهقي (١٠٩٣٣)، وذكره عبد الحق في أحكامه، وأعلَّه بسِوار بن مصعب، وقال: إنه متروك، كما في نصب الراية ٤/٦٠، والتلخيص الحبير ٣/٣٤، ونقل المناوي في فيض القدير ٥/٢٨ عن السخاوي: أن إسناده ساقط.

وقد وردت عدة آثار عن الصحابة رضي الله عنهم بمعناه، منها ما في المصنَّف لابن أبي شيبة (٢١٠٧٧)، عن عطاء قال: «كانوا يكرهون كل قرض جَرَّ منفعة».

وقال الشيخ محمد حجازي ت ١٠٣٥هـ، في شرحه الكبير (١٢ مجلداً) علىٰ الجامع الصغير للسيوطي، المسمىٰ: «فتح المولىٰ النصير»، قال عنه: حديث حسنٌ لغيره، كما نقل هذا عنه تلميذه العزيزي (علي بن أحمد، ت ١٠٧٠هـ) في شرحه: السراج المنير علىٰ الجامع الصغير للسيوطي ٣/٩٣، وينظر إعلاء السنن ١٤/٤٩٩.

مسائلُ متفرِّقةٌ

ويكره التعشيرُ، والنَّقْطُ في المصحف.

مسائلُ متفرِّقةٌ

قال: (ويكره التعشيرُ[١]، والنَّقْطُ[٢] في المصحف)؛ لقول ابن مسعود رضي الله عنه: «جَرِّدوا القرآنَ»[٣]، ويُروىٰ: «جَرِّدوا المصاحفَ»[٤].

وفي التعشير، والنَّقْطِ: تَرْكُ التجريد.

ولأن التعشيرَ يُخِلُّ بحفظِ الآيِ، والنَّقْطَ بحفظ الإعرابِ اتِّكالاً عليه، فيكره.

قالوا: في زماننا لا بدَّ للعجم من دلالةٍ[٥]، فتَرْكُ ذلك إخلالٌ بالحفظ، وهِجرانٌ للقرآن، فيكونُ حَسَناً[٦].

---

(١) هو التعليم علىٰ كل عشر آيات، وتمييزها عن غيرها، ونحو هذا.

(٢) أي نَقْطُ الحروف بالنُّقَط؛ لتمييز العين عن القاف مثلاً، ويشمل النَّقْطُ: وَضْعُ الحركات علىٰ الحروف، وضَبْطُها.

(٣) مصنف عبد الرزاق (٧٩٤٤) مصنف ابن أبي شيبة (٨٥٤٩)، سنن النسائي الكبرىٰ (١٠٧٣٤)، المستدرك (٣٤٧)، فضائل القرآن لأبي عبيد ص٢٣٩.

(٤) قال في نصب الراية ٤/٢٦٩: رواية غريبة.

(٥) أي تدل علىٰ الإعراب.

(٦) أي حسناً في كلٍّ من التعشير والنقط.

ولا بأسَ بتَحليةِ المصحفِ.

ولا بأس بأن يَدخلَ أهلُ الذِّمَّةِ المسجدَ الحرامَ.

قال: (ولا بأسَ بتَحليةِ المصحفِ)؛ لِمَا فيه من تعظيمِه، وصار كنَقْشِ المسجد وتزيينِه بماء الذهب، وقد ذكرناه من قبل[1].

قال: (ولا بأس بأن يَدخلَ أهلُ الذِّمَّةِ المسجدَ الحرامَ).

وقال الشافعي[2] رحمه الله: يكره ذلك.

وقال مالك[3] رحمه الله: يكره في كلِّ مسجد.

للشافعيِّ رحمه الله: قولُه تعالىٰ: ﴿ إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا ﴾. التوبة/٢٨.

ولأن الكافرَ لا يخلو عن جَنَابةٍ؛ لأنه لا يغتسلُ اغتسالاً يُخرِجُه عنها، والجُنُبُ يُجَنَّبُ المسجدَ.

وبهذا يَحتَجُّ مالكٌ رحمه الله، والتعليلُ بالنجاسة عامٌّ، فيَنتظمُ المساجدَ كلَّها.

ولنا: ما رُوي أن النبي عليه الصلاة والسلام أنزل وفدَ ثَقِيفٍ في مسجده، وهم كفَّارٌ[4].

---

(١) في كتاب الصلاة، قبل باب صلاة الوتر.

(٢) بل نصَّ أنه لا يُمكَّن. المجموع ٢/١٧٤.

(٣) ينظر الإشراف للقاضي عبد الوهاب ١/٢٨٦.

(٤) سنن أبي داود (٣٠٢٦)، وسكت عنه، صحيح ابن خزيمة (١٣٢٨)، مسند =

ويكره استخدامُ الخِصْيان.

ولا بأس بخِصاءِ البهائم، وإنزاءِ الحمير علىٰ الخيل.

ولا بأس بعيادةِ اليهوديِّ، والنصرانيِّ.

ولأن الخُبْثَ في اعتقاده، فلا يؤدِّي إلىٰ تلويثِ المسجدِ.

والآيةُ: محمولةٌ علىٰ الحضور استيلاءً واستعلاءً[1]، أو طائفِيْنَ عراةً، كما كانت عادتُهم في الجاهلية.

قال: (ويكره استخدامُ الخِصْيان)؛ لأن الرغبةَ في استخدامهم حَثٌّ للناسِ علىٰ هذا الصنيع، وهو مُثْلَةٌ مُحَرَّمةٌ.

قال: (ولا بأس بخِصاءِ البهائم، وإنزاءِ الحمير علىٰ الخيل)؛ لأن في الأولِ منفعةً للبهيمة، والناس[2].

وقد صحَّ أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام رَكِبَ البَغْلَةَ[3]، فلو كان هذا الفعلُ[4] حراماً: لَمَا رَكِبَها؛ لِمَا فيه من فَتْحِ بابه[5].

قال: (ولا بأس بعيادةِ اليهوديِّ، والنصرانيِّ)؛ لأنه نوعُ بِرٍّ في حَقِّهم، وما نُهِينا عن ذلك.

أحمد (١٧٩١٣)، وينظر الدراية ٢/٢٣٧.

(١) أي مستولين عليها، مستعلين علىٰ أهل الإسلام. البناية ١٤/٥٨٢.

(٢) منفعة البهيمة: سِمَنُها، ومنفعة الناس: إزالة جِماحها وشماسها. البناية ١٤/٥٨٥.

(٣) صحيح البخاري (٢٨٧٤)، صحيح مسلم (١٧٧٦).

(٤) أي إنزاء الحمير علىٰ الخيل، حيث ينتج عنه البغلة.

(٥) أي فتح باب هذا الفعل، وهو إنزاء الحمير علىٰ الخيل.

ويكره أن يقولَ الرجلُ في دُعائه : أسألُكَ بمَعْقِد العِزِّ مِن عَرْشِكَ .

وصَحَّ أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام عاد يهودياً مَرِضَ بجوارِه[1].

قال: (ويكره أن يقولَ الرجلُ في دُعائه: أسألُكَ بمَعْقِد العِزِّ[2] مِن عَرْشِكَ).

وللمسألة عبارتان: هذه، و: مَقْعَد العِزِّ.

ولا ريبَ في كراهة الثانية؛ لأنه من القعود.

وكذا الأُولىٰ؛ لأنه يُوهِمُ تعلُّقَ عِزِّه بالعرش، وهو مُحدَثٌ[3]، والله تعالىٰ بجميع صفاتِه قديمٌ.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا بأسَ به، وبه أَخَذَ الفقيهُ أبو الليث رحمه الله؛ لأنه مأثورٌ عن النبي عليه الصلاة والسلام[4]، رُوي أنه كان من[5] دُعائه: «اللهم إني أسألُكَ بمَعْقِدِ العِزِّ من عرشك؛ ومنتهىٰ الرحمةِ

---

(١) الآثار لمحمد ١/٣٦٤، وينظر الدراية ٢/٢٣٨، البناية ١٤/٥٨٨.

(٢) أي موضع عَقْده. البناية ١٤/٥٨٩، أي معقودٌ به.

(٣) لكن صفة العِزِّ ثابتةٌ لله تعالىٰ أزلاً وأبداً، فلا توهُّم. وينظر ما علَّقه قاضي زاده بطولٍ في نتائج الأفكار ٨/٤٩٨، وينبَّه هنا إلىٰ أن أبا حنيفة إنما كره ذلك: دفعاً لتوهم المعتزلة، وقد ظهرت فتنتُهم آنذاك.

(٤) الدعوات الكبير للبيهقي (٤٤٣) مرفوعاً، الأسماء والصفات للبيهقي (٢٥٠)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير ٢٥/١٢، من دعاء الصحابية قَيْلة بنت مخرمة، بإسناد حسن، كما في مجمع الزوائد ١٠/١٢٥.

أما ابن الجوزي فذكره في الموضوعات ٢/٦٣، وأنكر ثبوته العينيُّ في البناية ١٤/٥٩٠.

(٥) وفي نُسخ: في دعائه. البناية ١٤/٥٩٠.

ويكره اللِّعَبُ بالشِّطْرَنجِ، والنَّرْدِ، والأربعةَ عَشَرَ، وكلِّ لَهْوٍ.

من كتابك، وباسمك الأعظم، وجَدِّكَ[1] الأعلىٰ، وكلماتك التامة».

ولكنا نقول: هذا خبرٌ واحدٌ، فكان الاحتياطُ في الامتناع.

ويكره[2] أن يقولَ الرجلُ في دعائه: بحَقِّ فلانٍ، أو بحَقِّ أنبيائك ورُسُلِك؛ لأنه لا حَقَّ للمخلوقِ علىٰ الخالق[3].

قال: (ويكره اللِّعَبُ بالشِّطْرَنجِ، والنَّرْدِ، والأربعةَ عَشَرَ[4]، وكلِّ لَهْوٍ)؛ لأنه إن قامَرَ بها: فالمَيْسِرُ حرامٌ بالنص[5]، وهو اسمٌ لكلِّ قمارٍ، وإن لم يُقامِرْ: فهو عَبَثٌ ولَهْوٌ.

وقال عليه الصلاة والسلام: «لَهْوُ المؤمن باطلٌ إلا الثلاثَ: تأديبُه لفرسِه، ومناضلتُه عن قَوْسِه، وملاعبتُه مع أهله»[6].

---

(١) أي حظك الأعلىٰ. حاشية نسخة ٧٩٧هـ، وفي حاشية نسخة ٧٤٢هـ، وغيرها: أي عظمتك الأعلىٰ.

(٢) ولم يخالف في هذا أبو يوسف، بخلاف المسألة الأولىٰ: بمعقد العز، كما أفاده الإتقاني. ينظر ابن عابدين ٦/٣٩٧.

(٣) وينظر ما نقله ابن عابدين في حاشيته ٦/٣٩٧ عن التتارخانية والطحطاوي في جواز ذلك، وأنه جاءت آثارٌ في ذلك.

(٤) نوعٌ من لَعِب اليهود.

(٥) أي قوله تعالىٰ: ﴿ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ ﴾. المائدة/٩٠.

(٦) سنن أبي داود (٢٥١٣)، وسكت عنه، سنن الترمذي (١٦٣٧)، ونقل العلامة قاسم في التعريف والإخبار ٣/٤٠٦ عن ابن حجر أن إسناده حسن.

ولا بأسَ بقبول هديةِ العبدِ التاجرِ، وإجابةِ دَعوتِه، واستعارةِ دابتِه، وتكره كِسوتُه الثوبَ، وهديتُه الدراهمَ والدنانيرَ.

وقال بعضُ الناس: يباحُ اللَّعِبُ بالشِّطْرنج؛ لِمَا فيه من تشحيذِ الخواطرِ، وتَذْكيةِ الأفهام، وهو مَحْكيٌّ عن الشافعي[1] رحمه الله.

ولنا: قولُه عليه الصلاة والسلام: «مَن لَعِبَ بالشِّطْرنجِ، والنَّرْدِشِير: فكأنما غَمَسَ يدَه في دمِ الخنزير»[2].

ولأنه نوعُ لَعِبٍ يَصُدُّ عن ذِكْر الله، وعن الجُمَعِ والجماعات، فيكونُ حراماً؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «ما ألهاك عن ذِكْرِ الله: فهو مَيْسِرٌ»[3].

ثم إن قامر به: تسقطُ عدالتُه، وإن لم يقامِرْ: لا تسقطُ؛ لأنه متأوِّلٌ فيه.

وكره أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله التسليمَ عليهم؛ تحذيراً لهم.

ولم يرَ أبو حنيفة رحمه الله به بأساً؛ ليَشغَلَهم عمَّا هم فيه.

قال: (ولا بأسَ بقبول هديةِ العبدِ التاجرِ، وإجابةِ دَعوتِه، واستعارةِ دابتِه، وتكره كِسوتُه الثوبَ[4]، وهديتُه الدراهمَ والدنانيرَ).

---

(١) يكره تنزيهاً عند الشافعي. الحاوي الكبير ١٧/١٧٧، أسنىٰ المطالب ٤/٣٤٣.

(٢) في صحيح مسلم (٢٢٦٠) بدون لفظ: الشطرنج، وورد فيه أحاديث واهية، كما في الدراية ٢/٢٤٠.

(٣) قال في الدراية ٢/٢٤٠: لم أره مرفوعاً، وإنما هو عن القاسم بن محمد.

(٤) أي تمليك العبد التاجر الثوب.

. . . .

وهذا استحسانٌ، وفي القياس: كلُّ ذلك باطلٌ؛ لأنه تبرُّعٌ، والعبدُ ليس من أهله.

وَجْهُ الاستحسان: أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام قَبِلَ هديةَ سلمانَ رضي الله عنه حين كان عبداً[١].

وقَبِلَ هديةَ بَرِيرةَ رضي الله عنها، وكانت مكاتَبَةً[٢].

وأجاب رَهْطٌ من الصحابة رضي الله عنهم دعوةَ مولىٰ أبي أَسِيد[٣]، وكان عبداً[٤].

ولأن في هذه الأشياءِ ضرورةً لا يجدُ التاجرُ بُدّاً منها، ومَن مَلَكَ شيئاً: يَملكُ ما هو من ضروراته.

---

(١) الطبقات لابن سعد ٤/٧٥، الأموال لأبي عبيد (٦٧٢)، الدراية ٢/٢٤٠.

(٢) صحيح مسلم (١٠٧٤).

(٣) بفتح الهمزة وكسر السين، ويقال: بضم الهمزة وفتح السين. ينظر البناية ١٤/٦٠٦.

(٤) قال في نصب الراية ٤/٢٨٢: غريب، ولم يخرجه في الدراية ٢/٢٤٢، قال وفي الباب حديثٌ مرفوعٌ أنه صلىٰ الله عليه وسلم كان يُجيب دعوة المملوك، أخرجه الترمذي (١٠١٧) وابن ماجه (٢٢٩٦) والحاكم (٣٧٣٤)، وفيه: مسلم بن كيسان الأعور، وهو ضعيف.

واستدرك العلامة قاسم عليهما في منية الألمعي ص٤٠٧ وأن محمداً رواه في الأصل.

ومَن كان في يدِه لَقِيطٌ لا أبَ له: فإنه يجوزُ قَبْضُه الهبةَ، والصدقةَ له.

ولا ضرورةَ في الكسوةِ، وإهداءِ الدراهم، فبقيَ علىٰ أصل القياس.

قال: (ومَن كان في يدِه لَقِيطٌ لا أبَ له: فإنه يجوزُ قَبْضُه[1] الهبةَ، والصدقةَ له).

وأصل هذا: أن التصرُّفَ علىٰ الصغار أنواعٌ ثلاثةٌ:

نوعٌ هو من باب الولاية، لا يملكُه إلا مَن هو وليٌّ، كالإنكاح، والشراء والبيع لأموال القِنْية؛ لأن الوليَّ هو الذي قام مَقامَه بإنابة الشرع.

ونوعٌ آخَرُ: ما كان من ضرورةِ حال الصغارِ، وهو شراءُ ما لا بدَّ للصغير منه، وبيعُه وإجارةُ الأَظْآر للصغار[2]، وذلك جائزٌ ممَّن يَعُولُه ويُنفِقُ عليه، كالأخِ والعمِّ والأمِّ والملتقِطِ إذا كان في حِجْرِهم.

وإذا مَلَكَ هؤلاء هذا النوعَ: فالوليُّ أَوْلىٰ به، إلا أنه لا يُشترطُ في حقِّ الولي أن يكون الصبيُّ في حِجْرِه.

ونوعٌ ثالثٌ: ما هو نَفْعٌ مَحْضٌ، كقبول الهبةِ والصدقةِ والقبض، فهذا كلُّه يملكُه الملتقِطُ والأخُ والعمُّ والصبيُّ بنفسه إذا كان يَعقلُه[3]؛ لأن اللائقَ بالحكمة: فَتْحُ بابِ مثلِه؛ نظراً للصبي، فيَملكُ بالعقل والولايةِ والحَجْر، وصار بمنزلة الإنفاق.

---

(١) أي قبض الملتقِط الهبة للَّقيط.

(٢) وفي نُسخ: وإجارة لأظآر، وفي أخرىٰ: وإجارة الصغار، وتمَّ تخطئة الأخيرة. ينظر البناية ٦٠٧/١٤ نقلاً عن الإتقاني.

(٣) وفي نُسخ: يعقل.

ولا يجوز للملتقِط أن يؤاجرَه.

ويجوزُ للأُمِّ أن تُؤاجرَ ابنَها إذا كان في حِجْرِها، ولا يجوزُ ذلك للعمِّ.

ويكره أن يَجعلَ الرجلُ في عُنُقِ عبدِه الرَّايةَ.

ولا يكره أن يُقَيِّدَه.

قال: (ولا يجوز للملتقِط أن يؤاجرَه.

ويجوزُ للأُمِّ أن تُؤاجرَ ابنَها إذا كان في حِجْرِها.

ولا يجوزُ ذلك للعمِّ)؛ لأن الأمَّ تملِكُ إتلافَ منافعِه باستخدامه، ولا كذلك الملتقِطُ والعمُّ.

ولو آجَرَ الصبيُّ نفسَه: لا يجوز؛ لأنه مَشُوبٌ بالضرر، إلا إذا فَرَغَ من العمل؛ لأن عند ذلك تمحَّضَ نفعاً، فيجبُ المسمىٰ.

وهو نظيرُ العبدِ المحجور يُؤاجِرُ نفسَه، وقد ذكرناه.

قال: (ويكره أن يَجعلَ الرجلُ في عُنُقِ عبدِه الرَّايةَ)، ويُروىٰ: الدايةَ، وهو الطَّوْقُ الحديدُ الذي يَمنعُه من أن يُحرِّكَ رأسَه، وهو معتادٌ بين الظَّلَمة؛ لأنه عقوبةُ أهلِ النار، فيُكره كالإحراق بالنار.

قال: (ولا يكره أن يُقَيِّدَه)؛ لأنه سُنَّةُ المسلمين في السُّفهاءِ وأهلِ الدَّعارة[1]، فلا يكره في العبد؛ تحرُّزاً عن إباقه، وصيانةً لماله.

---

(١) أي أهل الفساد والخُبْث.

ولا بأس بالحُقْنة.

ولا بأسَ برِزْقِ القاضي من بيت المال.

قال: (ولا بأس بالحُقْنة)، يريد بها[١] التداوي[٢]؛ لأن التداويَ مباحٌ، بالإجماع، وقد ورد بإباحته[٣] الحديثُ[٤].

ولا فَرْقَ بين الرجالِ والنساء، إلا أنه لا ينبغي أن يُستعمَلَ المُحَرَّمُ، كالخمر ونحوها؛ لأن الاستشفاءَ بالمُحَرَّم: حرامٌ.

قال: (ولا بأسَ برِزْقِ القاضي من بيت المال)؛ لأنه عليه الصلاة والسلام بَعَثَ عَتَّابَ بن أَسِيد رضي الله عنه إلىٰ مكةَ، وفَرَضَ له، وبَعَثَ علياً رضي الله عنه إلىٰ اليمن، وفَرَضَ له[٥].

ولأنه مَحْبوسٌ لِحَقِّ[٦] المسلمين، فتكونُ نفقتُه في مالِهم، وهو مالُ

---

(١) وفي نُسخ: به. قال في البناية ١٤/٦١٠: وإنما ذكَّر الضمير في: به: علىٰ تأويل الاحتقان.

(٢) احترازاً عما إذا أراد بها التسمين: فلا يباح. البناية ١٤/٦١٠.

(٣) أي التداوي.

(٤) يشير إلىٰ قوله صلىٰ لله عليه وسلم: «تداوَوْا، فإنَّ الله لم ينزل داءً إلا أنزل له دواءً»: سنن الترمذي (٢٠٣٨)، وقال: حسن صحيح، سنن أبي داود (٣٨٥٥)، وصححه ابن حبان (٦٠٦١)، الدراية ٢/٢٤٢.

(٥) قال في نصب الراية ٤/٢٨٦، وفي الدراية ٢/٢٤٢ عن الأثرين: لم أجد أنه فَرَضَ لهما، وينظر البناية ١٤/٦١٤.

(٦) وفي نُسخ: بحقٍّ.

. . . .

بيتِ المال، وهذا لأنَّ الحَبْسَ من أسباب النفقة، كما في الوصيِّ والمضاربِ إذا سافر بمال المضاربة.

وهذا فيما يكونُ كفايةً[١].

فإن كان شَرْطاً[٢]: فهو حرامٌ؛ لأنه استئجارٌ علىٰ الطاعة، إذِ القضاءُ طاعةٌ، بل هو أفضلُها.

ثم القاضي إذا كان فقيراً: فالأفضلُ، بل الواجبُ: الأخذُ؛ لأنه لا يُمكِنُه إقامةُ فرضِ القضاء إلا به، إذِ الاشتغالُ بالكسب: يُقعِدُه عن إقامته.

وإن كان غنياً: فالأفضلُ الامتناعُ، علىٰ ما قيل؛ رِفْقاً ببيت المال.

وقيل: الأخذُ[٣]، وهو الأصح؛ صيانةً للقضاء عن الهَوانِ، ونظراً لمَن يُولَّىٰ بعده من المحتاجين؛ لأنه إذا انقطع زماناً[٤]: يَتعذَّرُ إعادتُه[٥].

ثم تسميتُه: رِزْقاً: يدلُّ علىٰ أنه بقَدْر الكفاية.

---

(١) أي بقدر الكفاية له ولعياله، ولا يُعطىٰ من الكفاية.

(٢) أي فإن كان الرزق شرطاً ومعاقدةً في ابتداء الأمر، بأن قال: لا أقبل القضاءَ إلا إذا رزقني الوالي في كل سنةٍ كذا وكذا بمقابلة قضائي. البناية ١٤/٦١٦.

(٣) أي الأفضل الأخذ.

(٤) أي إذا انقطع من بيت المال بترك القاضي الغني، وامتناعه عنه.

(٥) لأن متولي أمور بيت المال يحتجُّ عليه بعدم جري العادة فيه منذ زمان، فيتضرر القاضي الفقير. البناية ١٤/٦١٧.

ولا بأسَ بأن تُسافرَ الأمةُ وأمُّ الولد من غير مَحْرَمٍ.

وقد جرىٰ الرَّسْمُ بإعطائه في أول السَّنَةِ؛ لأن الخراجَ يؤخَذُ في أول السَّنَة، وهو يُعطىٰ منه.

وفي زماننا: الخراجُ يؤخَذُ في آخِرِ السَّنَة، والمأخوذُ من الخراج: خراجُ السنةِ الماضية، هو الصحيح.

ولو استوفىٰ رِزْقَ سَنَةٍ، وعُزِلَ قبل استكمالها: قيل: هو علىٰ اختلافٍ معروفٍ في نفقةِ المرأةِ إذا ماتت في السَّنَة بعد استعجال نفقةِ السَّنَة، والأصحُّ أنه يجبُ الرَّدُّ.

قال: (ولا بأسَ بأن تُسافرَ الأمةُ وأمُّ الولد من غير مَحْرَمٍ)؛ لأن الأجانبَ في حَقِّ الإماء فيما يَرجعُ إلىٰ النظر والمَسِّ: بمنزلة المَحارمِ، علىٰ ما ذَكَرْنا من قبلُ.

وأمُّ الولدِ: أَمَةٌ؛ لقيام الملك فيها وإن امتنع بيعُها، والله أعلم بالصواب.

* * * * *

كتاب

إحياء المَوَات

المَوَاتُ: ما لا يُنتَفَعُ به من الأراضي؛ لانقطاع الماءِ عنه، أو لغَلَبة الماءِ عليه، أو ما أشبه ذلك مما يَمنعُ الزراعةَ.

فما كان منها عادِيًّا، لا مالكَ له في الإسلام، أو كان مملوكاً في الإسلام لا يُعرَفُ له مالكٌ بعَيْنه، وهو بعيدٌ من القَرية، بحيث إذا وَقَفَ. .

كتاب

إحياء المَوَات

قال: (المَوَاتُ: ما لا يُنتَفَعُ به من الأراضي؛ لانقطاع الماءِ عنه، أو لغَلَبة الماءِ عليه، أو ما أشبه ذلك مما يَمنعُ الزراعةَ).

سُمِّيَ بذلك: لبطلانِ الانتفاع به.

قال: (فما كان منها عادِيًّا[1]، لا مالكَ له في الإسلام، أو كان مملوكاً في الإسلام لا يُعرَفُ له مالكٌ بعَيْنه، وهو بعيدٌ من القَرية، بحيث إذا وَقَفَ

---

(١) سيأتي في كلام المصنف رحمه الله أن المراد به ما كان خرابُه قديماً، ولا يُعرَف له مالكٌ، وبيَّن العيني في البناية ٤/١٥ أنه ليس هذا نسبةً لعادٍ، وإنما كُنِّي بذلك عن القديم خراباً؛ لأن عاداً كان في قديم الأيام.

إنسانٌ من أقصىٰ العامِرِ، فصاح: لا يُسمَعُ الصوتُ فيه: فهو مَوَاتٌ.

إنسانٌ من[١] أقصىٰ العامِرِ[٢]، فصاح: لا يُسمَعُ الصوتُ فيه: فهو مَوَاتٌ).

قال رضي الله عنه: هكذا ذَكَرَه القدوريُّ رحمه الله.

ومعنىٰ العادِيِّ: ما قَدُمَ خَرَابُه.

والمَرْويُّ عن محمدٍ رحمه الله: أنه يُشترطُ أن لا يكونَ مملوكاً لمسلمٍ أو ذميٍّ، مع انقطاع الارتفاقِ بها[٣]؛ لتكون ميتةً مطلقاً[٤].

فأما التي هي مملوكةٌ لمسلمٍ أو ذميٍّ: لا تكون مَواتاً.

وإذا لم يُعرَفْ مالكُه: يكونُ لجماعةِ المسلمين.

ولو ظَهَرَ له مالكٌ: يُرَدُّ عليه، ويَضمنُ الزارعُ نقصانَها[٥].

والبُعدُ عن القريةِ علىٰ ما قال[٦]: شَرَطَه أبو يوسف رحمه الله؛ لأن الظاهرَ أنَّ ما يكون قريباً من القرية: لا يَنقطعُ ارتفاقُ أهلِها عنه، فيُدارُ الحكمُ عليه.

---

(١) وفي نُسخ: في.

(٢) أي من آخر الأبنية العامرة في البلدة.

(٣) أي الأرض، وذلك من حيث المرعىٰ والاحتطاب ونحو ذلك.

(٤) أي لتكون الأرض ميتة علىٰ الإطلاق.

(٥) أي نقصان الأرض الذي حصل بالزراعة بعد الإحياء.

(٦) أي القدوريُّ رحمه الله في مختصره.

ثم مَن أحياه بإذن الإمام : مَلَكَه ، وإن أحياه بغير إذنه : لم يملِكْه عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا : يَملِكُه .

ومحمدٌ رحمه الله اعتبرَ انقطاعَ ارتفاقِ أهلِ القريةِ عنها حقيقةً وإن كان قريباً من القرية، كذا ذَكَرَه الإمامُ شيخُ الإسلام المعروفُ بخُوَاهَر زادَه[1] رحمه الله.

والشيخُ الإمامُ شمسُ الأئمة السَّرَخْسِيُّ[2] رحمه الله اعتمد علىٰ ما اختاره أبو يوسف[3] رحمه الله.

قال: (ثم مَن أحياه بإذن الإمام: مَلَكَه، وإن أحياه بغير إذنه: لم يملِكْه عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يَملِكُه)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن أحيا أرضاً ميتةً: فهي له»[4].

ولأنه مالٌ مباحٌ سَبَقَتْ يدُه إليه، فيَملِكُه، كما في الحَطَبِ والصيد.

ولأبي حنيفة رحمه الله: قولُه عليه الصلاة والسلام: «ليس للمرءِ إلا ما طابتْ نفسُ إمامِه به»[5].

---

(١) عالم ما وراء النهر، محمد بن الحسين، المتوفىٰ سنة ٤٨٣هـ. تاج التراجم ص٢٥٩.

(٢) أبو بكر محمد بن أحمد، صاحب المبسوط شرح الكافي، المتوفىٰ نحو سنة ٤٩٠هـ. تاج التراجم ص٢٣٤.

(٣) وهو أن ما قَرُبَ من العامر: لا يكون مواتاً.

(٤) سنن الترمذي (١٣٧٩)، وقال: حديث حسن صحيح. وينظر نصب الراية ٤/٢٨٨، الدراية ٢/٢٤٤.

(٥) المعجم الكبير للطبراني (٣٥٣٣)، وفي مجمع الزوائد ٥/٣٣١: فيه: عمرو بن =

ويَملكُه الذميُّ بالإحياء كما يملِكُه المسلمُ.

وما رَوَياه: يحتملُ أنه إذْنٌ لقومٍ، لا نَصْبٌ لشَرْعٍ.

ولأنه مالٌ مَغْنومٌ؛ لوصوله إلىٰ يدِ المسلمين بإيجافِ[1] الخيلِ والرِّكاب، فليس لأحدٍ أن يَختصَّ به بدون إذنِ الإمام، كما في سائرِ الغنائم.

ويجبُ فيه العُشْرُ؛ لأنَّ ابتداءَ توظيفِ الخراجِ علىٰ المسلم لا يجوز، إلا إذا سقاه بماء الخراج؛ لأنه حينئذٍ يكون إبقاءُ الخراجِ علىٰ اعتبار الماء.

فلو أحياها، ثم تَركَها، فزَرَعَها غيرُه: فقد قيل: الثاني أحقُّ بها؛ لأن الأولَ مَلَكَ استغلالَها، لا رقبتَها، فإذا تَركَها: كان الثاني أحقَّ بها.

والأصحُّ أن الأولَ يَنزِعُها من يدِ الثاني؛ لأنه مَلَكَها بالإحياء؛ علىٰ ما نَطَقَ به الحديثُ، إذِ الإضافةُ فيه بلامِ التمليك، ومِلْكُه لا يزولُ بالترك.

ومَن أحيا أرضاً ميتةً، ثم أحاط الإحياءُ بجوانبها الأربعةِ من أربعةِ نفرٍ علىٰ التعاقب: فعن محمدٍ رحمه الله: أن طريقَ الأولِ: في الأرض الرابعة؛ لتعيُّنِها لتطرُّقه، وقَصْدِ الرابع إبطالَ حقِّه.

قال: (ويَملكُه الذميُّ بالإحياء كما يملِكُه المسلمُ)؛ لأن الإحياءَ سببُ

واقد: وهو متروك، معرفة السنن والآثار (١٢١٧٥)، وقال: لا حجةَ في هذا الإسناد. اهـ، أما العلامة قاسم في التعريف والإخبار ٢/٤٧٣ فقال: رواه الطبراني في الكبير (٣٥٣٣)، وفيه ضعف، وذكر أحاديث في الصحاح يُستدل بها للمسألة بدل الاستدلال بالحديث المذكور أعلاه، وينظر نصب الراية ٣/٤٣١.

(١) أي بإعمال الخيل والرِّكاب.

ومَن حَجَّر أرضاً، ولم يُعَمِّرْها ثلاثَ سنين : أَخَذَها الإمامُ، ودَفَعَها إلىٰ غيره.

الملك، إلا أنَّ عند أبي حنيفة رحمه الله إذْنَ الإمام من شَرْطِه، فيستويان فيه، كما في سائر أسبابِ الملك، حتىٰ الاستيلاءِ[1]، علىٰ أصلنا.

قال: (ومَن حَجَّر أرضاً، ولم يُعَمِّرْها[2] ثلاثَ سنين: أَخَذَها الإمامُ، ودَفَعَها إلىٰ غيره)؛ لأن الدَّفْعَ إلىٰ الأول كان ليُعمِّرَها، فتحصلَ المنفعةُ للمسلمين، من حيثُ العشرُ أو الخراجُ، فإذا لم تحصُلْ: يَدفعُها إلىٰ غيره؛ تحصيلاً للمقصود.

ولأن التحجيرَ ليس بإحياءٍ، ليَملِكَه به؛ لأن الإحياءَ إنما هو العَمارةُ، والتحجيرُ: للإعلام، سُمِّي به؛ لأنهم كانوا يُعَلِّمونه بوضع الأحجار حولَه، أو يعلِّمُونَه لحَجْرِ غيرِهم عن إحيائه، فبقيَ غيرَ مملوكٍ كما كان، هو الصحيح.

وإنما شُرِطَ تَرْكُ ثلاثِ سنين: لقول عمرَ رضي الله عنه: «ليس لمتحَجِّرٍ بعد ثلاثِ سنينَ حَقٌّ»[3].

---

(١) بالكسر: عطفٌ علىٰ أسباب الملك.

(٢) و ضُبطت في نُسخ: يَعْمُرْها.

(٣) الخراج لأبي يوسف ص٧١، قال في نصب الراية ٤/٢٩٠ فيه: الحسن بن عمارة: ضعيف، وسعيد عن عمر: فيه كلام، وقال ابن حجر في الدراية ٢/٢٤٤: إسناده واه. =

. . . .

ولأنه إذا أعلمه: لا بدَّ من زمانٍ يَرجعُ فيه إلىٰ وطنه، وزمانٍ يهيِّئُ أمورَه فيه، ثم زمانٍ يَرجعُ فيه إلىٰ ما يُحَجِّرُه، فقدَّرناه بثلاث سنين؛ لأن ما دونَها من الساعات والأيامِ والشهورِ لا تفِيْ بذلك.

وإذا لم يَحضرْ بعد انقضائها: فالظاهرُ أنه تَركَها.

قالوا: هذا كلُّه ديانةٌ، فأما إذا أحياها غيرُه قبلَ مُضِيِّ هذه المدة: مَلَكَها؛ لتحقُّق الإحياءِ منه، دونَ الأولِ، وصار كالاستيام[١]، فإنه يكره، ولو فُعِلَ[٢]: يجوزُ العقد.

ثم التحجيرُ قد يكونُ بغير الحَجَرِ، بأن غَرَزَ حولَها أغصاناً يابسةً، أو نقَّىٰ الأرضَ، وأحرقَ ما فيها من الشَّوْك، أو حَصَدَ[٣] ما فيها من الحشيش أو الشوك، وجعلَها حولَها، وجَعَلَ الترابَ عليها، من غير أن يُتِمَّ المُسَنَّاةَ[٤]؛

قلت: لكن أبا يوسف أخرجه من طريق آخر، قال: حدثني محمد بن إسحاق عن الزهري عن سالم بن عبد الله أن عمر بن الخطاب قال...»، وأخرجه ابن زنجويه في الأموال ٢/٦٤٤ بلفظ آخر، بسند مرسل رجاله ثقات، كما في الدراية ٢/٢٤٥.

(١) أي السَّوم في الشراء.

(٢) أي الاستيامَ، وضُبطت في نُسخ: فَعَلَ. بالمعلوم.

(٣) وفي طبعات الهداية القديمة: خضد. بالخاء والضاد. قلت: يقال: خَضَدَ الشجرَ: أي قَطَعَ شَوْكَه. مختار الصحاح (خضد).

(٤) ما يُبنىٰ للسيل ليَرُدَّ الماءَ، ويسمىٰ: السَّدّ.

. . . .

ليمنعَ الناسَ من الدخول، أو حَفَرَ من بئرٍ ذراعاً أو ذراعين، وفي الأخير وَرَدَ الخبرُ[1].

ولو كَرَبَها[2]، وسقاها: فعن محمدٍ رحمه الله: أنه إحياءٌ.

ولو فَعَلَ أحدَهما: يكونُ تحجيراً.

ولو حَفَرَ أنهارَها، ولم يَسْقِها: يكونُ تحجيراً.

وإن سقاها مع حَفْرِ الأنهار: كان إحياءً؛ لوجود الفعلَيْن.

ولو حوَّطَها[3]، أو سنَّمَها[4]، بحيث يَعصِمُ الماءَ[5]: يكون إحياءً؛ لأنه من جملة البناء.

---

(١) قال في الدراية ٢/٢٤٥: يريد حديث: «مَن حفر من بئر مقدار ذراع: فهو متحجِّرٌ»، وهذا الحديث ذكره السغناقي، ولا وجود له في كتب الحديث. اهـ، وينظر نصب الراية ٤/٢٩١.

أما العيني في البناية ١٥/١٦ فقال: قال الشرَّاح: أراد به قوله صلىٰ الله عليه وسلم: من حفر من بئرٍ...، وردَّ علىٰ الزيلعي في عدم معرفته له، وقال: لا يلزم أن يكون هذا الحديث هو مراد المصنف، بل يجوز أن يكون مراده: ما رواه الإمام الشافعي عن عمر رضي الله عنه، وفيه أن الحفر من التحجير، وينظر تمام الخبر.

(٢) أي قَلَبَها للحرث.

(٣) أي جعل لها حائطاً.

(٤) أي جعل لها السَّنامَ، مأخوذٌ من سنام البعير.

(٥) أي يحفظ الماء عن السيلان إلىٰ غيرها، أو يمنع الماء من الدخول فيها.

ولا يجوزُ إحياءُ ما قَرُبَ من العامرِ، ويُترَكُ مَرْعَىً لأهل القرية، ومَطْرَحاً لحصائدهم.

ومَن حَفَرَ بئراً في بريَّةٍ: فله حريمُها.

وكذا إذا بَذَرَها[1].

قال: (ولا يجوزُ إحياءُ ما قَرُبَ من العامر، ويُترَكُ مَرْعَىً لأهل القرية، ومَطْرَحاً لحصائدهم).

لتحقُّق حاجتهم إليها[2] حقيقتِها أو دليلِها[3]، علىٰ ما بيَّنَّاه، فلا يكون مواتاً؛ لتعلُّق حقِّهم بها، بمنزلة الطريق والنهر.

وعلىٰ هذا قالوا: لا يجوزُ للإمام أن يُقْطِعَ ما لا غِنىً للمسلمين عنه، كالملح، والآبارِ التي يستقي الناسُ منها؛ لِمَا ذكرنا.

قال: (ومَن حَفَرَ بئراً في بريَّةٍ: فله حريمُها).

ومعناه: إذا حَفَرَ في أرضٍ مواتٍ بإذن الإمام: عنده[4].

---

(١) أي ألقىٰ فيها البذر.

(٢) أي إلىٰ ما قرُب من العامر، وفي نُسخٍ: إليهما: أي المرعىٰ، والمَطرح.

(٣) حقيقتِها: بالجرِّ، علىٰ أنه بدلٌ من حاجتهم، أي لتحقق حقيقة الحاجة عند محمد رحمه الله، أو دليلِها: عطفٌ عليه، أي ولتحقق دليل الحاجة عند أبي يوسف رحمه الله. اهـ البناية ١٨/١٥، وكُتب في حاشية نسخة ٧٤٢هـ: أي عند أبي يوسف رحمه الله: القرب: دليلٌ، وعند محمد رحمه الله: الارتفاق. اهـ

(٤) أي عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله.

فإن كانت للعَطَنِ : فحريمُها أربعون ذراعاً .

وإن كانت للنَّاضِحِ : فحريمُها ستون ذراعاً ، وهذا عندهما ، وعند أبي حنيفة رحمه الله : أربعونَ ذراعاً .

أو بإذنه، وبغير إذنه: عندهما؛ لأن حَفْرَ البئرِ إحياءٌ.

قال: (فإن كانت للعَطَنِ[1]: فحريمُها أربعون ذراعاً).

لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن حَفَرَ بئراً: فله مما حولَها أربعون ذراعاً؛ عَطَناً لماشيته»[2].

ثم قيل: الأربعونُ من كلِّ الجوانب.

والصحيحُ: أنه من كلِّ جانبٍ؛ لأن في الأراضي رِخْوةً، ويَتحوَّلُ الماءُ إلىٰ ما حُفِرَ دونَها.

قال: (وإن كانت للنَّاضِحِ: فحريمُها ستون ذراعاً، وهذا عندهما، وعند أبي حنيفة رحمه الله: أربعونَ ذراعاً).

لهما: قولُه عليه الصلاة والسلام: «حريمُ العَيْنِ: خمسُمائةِ ذراعٍ، وحريمُ بئرِ العَطَنِ: أربعون ذراعاً، وحريمُ بئر الناضح: ستون ذراعاً»[3].

---

(١) العَطَنُ: مُناخُ الإبل، ومَبْرَكُها حولَ الماء، والمراد: البئر التي يُستقىٰ منها باليد، وأما الناضح، فالمراد بها: البئرُ التي يُستقىٰ منها بالبعير. البناية ١٥/١٩.

(٢) سنن ابن ماجه (٢٤٨٦)، سنن الدارمي (٢٦٢٦)، وله شواهد تقويه، ينظر نصب الراية ٤/٢٩١، التلخيص الحبير ٣/٦٣، الدراية ٢/٢٤٥.

(٣) قال في نصب الراية ٤/٢٩٢: غريبٌ، وفي الدراية ٢/٢٤٥: لم أجده هكذا، وتعقبهما العلامة قاسم في منية الألمعي ص٤٠٧، وفي التعريف والإخبار ٢/٤٧٥ =

وإن كانت عَيْناً : فحريمُها خمسُمائةِ ذراعٍ، وفي روايةٍ : ثلاثُمائة ذراع .

ولأنه قد يُحتاجُ فيه إلىٰ أنْ يُسيِّرَ دابتَه للاستقاء، وقد يَطولُ الرِّشاءُ.

وبئرُ العَطَنِ: للاستقاء منه بيده، فقلَّتِ الحاجةُ، فلا بدَّ من التفاوت.

وله: ما رويناه، من غير فَصْلٍ، والعامُّ المتَّفَقُ علىٰ قبولِه، والعملِ به: أَوْلىٰ عنده من الخاصِّ المختَلَفِ في قَبوله، والعملِ به.

ولأن القياسَ يأبىٰ استحقاقَ الحريمِ؛ لأن عملَه في موضعِ الحفر، والاستحقاقُ به[1]، ففيما اتفق عليه الحديثان[2]: تَرَكْناه، وفيما تعارضا فيه[3]: حفظناه.

ولأنه قد يُستقَىٰ من بئرِ العَطَنِ بالناضح، ومن بئر الناضح باليد، فاستوتِ الحاجةُ فيهما.

ويُمكِنُه أن يُديرَ البعيرَ حولَ البئر، فلا يَحتاجُ فيه إلىٰ زيادةِ مسافةٍ.

قال: (وإن كانت عَيْناً: فحريمُها خمسُمائةِ ذراعٍ، وفي روايةٍ: ثلاثُمائة ذراعٍ)؛ لِمَا روينا.

ولأن الحاجةَ فيه إلىٰ زيادةِ مسافةٍ: متحقِّقةٌ؛ لأن العينَ تُستخرَجُ للزراعة، فلا بدَّ من موضعٍ يجري فيه الماءُ، ومِن حوضٍ يَجتمعُ فيه الماء،

فقال: أخرجه محمد في الأصل ١٤٦/٨ من هذا الوجه بهذا اللفظ.

(١) أي بالعمل.

(٢) وهو أربعون ذراعاً، وفي هذه الحالة تركنا القياس.

(٣) أي وفيما زاد علىٰ الأربعين إلىٰ الستين حفظنا القياس.

فمَن أراد أن يَحفِرَ في حريمها : مُنِعَ منه.

ومن موضعٍ يجري الماءُ فيه[١] إلىٰ المَزرعة، فلهذا يُقدَّرُ بالزيادة، والتقديرُ بخمسمائة: بالتوقيف.

والأصحُّ أنه خمسُمائة ذراعٍ من كلِّ جانبٍ، كما ذَكَرْناه في العَطَن، والذراعُ: هي[٢] المُكَسَّرةُ[٣]، وقد بيَّنَّاه من قبل.

وقيل: إن التقديرَ في العين والبئرِ بما ذكرناه في أراضيهم[٤]؛ لصلابةٍ بها، وفي أراضينا رَخاوةٌ، فيُزادُ كي لا يَتحوَّلَ الماءُ إلىٰ الثاني، فيتعطَّلَ الأولُ.

قال: (فمَن أراد أن يَحفِرَ في حريمها: مُنِعَ منه)؛ كي لا يؤدِّيَ إلىٰ تفويت حقِّه، والإخلالِ به، وهذا لأنه بالحفر مَلَكَ الحريمَ ضرورةَ تَمكُّنِه من الانتفاع به، فليس لغيره أن يَتصرَّف في ملكِه.

فإن احتفر آخَرُ بئراً في حريم الأُولىٰ: للأوَّل أن يُصلِحَه ويكبِسَه[٥] تبرعاً.

ولو أراد أَخْذَ الثاني فيه: قيل: له أن يأخذَه بكَبْسه؛ لأن إزالةَ جنايةِ حَفْرِه: به[٦]، كما في الكُناسةِ يُلقيها في دارِ غيره، فإنه يُؤخَذُ برفعها.

---

(١) وفي نُسخ: منه.

(٢) وفي نُسخ: هو. قلت: الذراع يُذكَّر ويُؤنَّث. مختار الصحاح.

(٣) وهي ذراع العامة، وتسمىٰ ذراع الكرباس، وهي أقصر من ذراع المساحة، وهي ست قبضات.

(٤) أي أراضي العرب، وقوله: أراضينا: أي سمرقند وبخارىٰ.

(٥) أي أن يُصلحه بالكبس، وقوله: ويكبسه: عطف تفسير. البناية ١٥/٢٧.

(٦) أي بكَبْسه.

. . . .

وقيل: يُضمِّنُه النقصانَ، ثم يكبِسُه بنفسه، كما إذا هَدَمَ جدارَ غيرِه، وهذا هو الصحيح، ذَكَرَه في كتاب «أدب القاضي» للخَصَّاف[1] رحمه الله، وذَكَرَ طريقَ معرفةِ النقصان.

وما عَطِبَ في الأُولىٰ: فلا ضمانَ فيه؛ لأنه غيرُ متَعَدٍّ: إن كان بإذن الإمام: فظاهرٌ، وكذا إن كان بغير إذنه عندهما.

والعُذْرُ لأبي حنيفة رحمه الله: أنه يَجعلُ الحفرَ تحجيراً، وهو بسبيلٍ منه بغير إذنِ الإمام وإن كان لا يملكُه بدونه.

وما عَطِبَ في الثانية: ففيه الضمانُ؛ لأنه متعدٍّ فيه، حيث حَفَرَ في ملك غيرِه.

وإن حَفَرَ الثاني بئراً وراءَ حريمِ الأُولىٰ، فذهب ماءُ البئرِ الأُولىٰ: فلا شيءَ عليه؛ لأنه غيرُ متعدٍّ في حَفْرِها.

وللثاني: الحريمُ من الجوانبِ الثلاثة، دونَ الجانبِ الأول؛ لسَبْق ملكِ الحافرِ الأولِ فيه.

* والقناةُ[2]: لها حريمٌ بقَدْر ما يُصلِحُها.

وعن محمدٍ رحمه الله: أنها بمنزلة البئرِ في استحقاقِ الحريم.

وقيل: هو عندهما[3]، وعنده: لا حريمَ لها ما لم يَظهَرِ الماءُ علىٰ الأرض؛ لأنه نهرٌ في التحقيق، فيُعتبرُ بالنهر الظاهر.

---

(١) لم أقف علىٰ النص في شرح أدب القضاء للصدر الشهيد .

(٢) مجرىٰ الماء تحت الأرض. البناية ١٥/٢٩.

(٣) أي الذي ذكره في الأصل هو عند الصاحبين. البناية ١٥/٣٠.

وما تَرَكَ الفُراتُ أو الدِّجْلةُ، وعَدَلَ عنه الماءُ، ويجوزُ عَوْدُه إليه : لم يَجُزْ إحياؤه.

وإن كان لا يجوزُ أن يعودَ إليه : فهو كالمَوَات إذا لم يكنْ حريماً لعامِرٍ.

قالوا: وعند ظهورِ الماءِ علىٰ الأرض: هو بمنزلة عينٍ فوَّارةٍ، فيُقدَّر حريمُه بخمسِمائة ذراعٍ.

* والشجرةُ تُغرَسُ في أرضٍ مواتٍ: لها حريمٌ أيضاً، حتىٰ لم يكنْ لغيره أن يَغرِسَ شجراً في حريمها؛ لأنه يَحتاجُ إلىٰ حريمٍ له، يَجُذُّ فيه ثمرَه، ويَضعُه فيه.

وهو مقدَّر بخمسةِ أذرعٍ من كل جانبٍ[1]، به وَرَدَ الحديث[2].

قال: (وما تَرَكَ الفُراتُ أو الدِّجْلةُ، وعَدَلَ عنه الماءُ، ويجوزُ عَوْدُه إليه: لم يَجُزْ إحياؤه)؛ لحاجة العامةِ إلىٰ كونه نهراً.

(وإن كان لا يجوزُ أن يعودَ إليه: فهو كالمَوَات إذا لم يكنْ حريماً لعامِرٍ)؛ لأنه ليس في مِلْكِ أحدٍ؛ لأن قَهْرَ الماءِ يدفعُ قهرَ غيرِه، وهو[3] اليومَ في يدِ الإمام.

---

(١) قوله: من كل جانب: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٢) وهو ما رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه قال: اختصم إلىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم رجلان في حريم نخلة...، رواه أبو داود (٣٦٤٠)، وسكت عنه، وكذلك المنذري بعد في مختصره، وينظر البناية ٣١/١٥، الدراية ٢٤٥/٢.

(٣) أي متروك الفرات ودجلة اليوم في يد الإمام، فيقف إحياؤه علىٰ إذن الإمام.

ومَن كان له نهرٌ في أرض غيرِه : فليس له حريمٌ عند أبي حنيفة رحمه الله، إلا أن يُقيمَ بيِّنةً علىٰ ذلك.

وقالا : له مُسَنَّاةُ النهر، يمشي عليها، ويُلقي عليها طِيْنَه.

قال: (ومَن كان له نهرٌ في أرض غيرِه: فليس له حريمٌ عند أبي حنيفة رحمه الله، إلا أن يُقيمَ بيِّنةً علىٰ ذلك.

وقالا: له مُسَنَّاةُ النهر، يمشي عليها، ويُلقي عليها طِيْنَه).

قيل: هذه المسألةُ بناءً علىٰ أنَّ مَن أحيىٰ[1] نهراً في أرضِ مَواتٍ، بإذن الإمام: لا يستحقُّ الحريمَ عنده.

وعندهما: يستحقُّه؛ لأن النهرَ لا يُنتفَعُ به إلا بالحريم؛ لحاجته إلىٰ المشي؛ لتسييل الماء، ولا يُمكنُه المشيُ عادةً في بطن النهر، وإلىٰ إلقاء الطينِ، ولا يُمكنُه النقلُ إلىٰ مكان بعيدٍ إلا بحَرَجٍ، فيكونُ له الحريمُ؛ اعتباراً بالبئر.

وله: أن القياسَ يأباه، علىٰ ما ذكرناه.

وفي البئر: عرفناه بالأثر.

والحاجةُ إلىٰ الحريم فيه: فوقَها إليه في النهر؛ لأن الانتفاعَ بالماء في النهر ممكنٌ بدون الحريم، ولا يُمكنُ في البئر إلا بالاستقاء، ولا استقاءَ إلا بالحريم، فتعذَّر الإلحاقُ.

---

(١) وفي الهداية المضمَّنة في البناية، وطبعات الهداية القديمة: مَن حَفَرَ.

. . . .

ووجهُ البناء: أنَّ باستحقاقِ الحريمِ تثبتُ اليدُ عليه اعتباراً؛ تَبَعاً للنهر، والقولُ لصاحبِ اليد، وبعدم استحقاقِه: تنعدِمُ اليدُ، والظاهرُ يشهدُ لصاحب الأرض، علىٰ ما نذكرُه إن شاء الله تعالىٰ.

وإن كانت مسألةً مبتَدَأةً: فلهما: أن الحريمَ في يد صاحبِ النهرِ باستمساكه الماءَ به، ولهذا لا يَملِكُ صاحبُ الأرضِ نَقْضَه.

وله: أنه أشبه بالأرض، صورةً ومعنىً: أما صورةً: فلاستوائهما، ومعنىً: من حيث صلاحيتُه للغَرْس والزراعة، والظاهرُ شاهِدٌ لمَن في يده ما هو أشبَهُ به.

كاثنين تنازَعَا في مِصْراعِ بابٍ ليس في يدهما، والمِصْراعُ الآخَرُ معلَّقٌ علىٰ باب أحدِهما: يُقضىٰ للذي في يده ما هو أشبهُ بالمتنازَعِ فيه، والقضاءُ في موضعِ الخلاف: قضاءُ تَرْكٍ.

ولا نزاعَ فيما به استمساكُ الماء، إنما النزاعُ فيما وراءَه، ممَّا يصلُحُ للغرس، علىٰ أنه إن كان مستمسِكاً به ماءُ نهرِه: فالآخَرُ دافِعٌ به[1] الماءَ عن أرضه.

والمانعُ[2] مِن نَقْضِهِ[3]: تعلُّقُ حَقِّ صاحبِ النهر، لا مِلكُه، كالحائط

---

(١) أي بالحريم.

(٢) جوابٌ عن قولهما.

(٣) أي نقض الحريم.

وفي «الجامع الصغير»: نهرٌ لرجلٍ، إلىٰ جَنْبه مُسَنَّاةٌ، ولآخَرَ خلفَ المُسَنَّاةِ أرضٌ تَلْزَقُها، وليست المُسَنَّاةُ في يدِ أحدِهما: فهي لصاحب الأرضِ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: هي لصاحب النهر، حريماً لمَلْقَىٰ طِيْنِه، وغيرِ ذلك.

لرجلٍ، ولآخَرَ عليه جُذوعٌ: لا يتمكَّنُ[1] مِن نَقْضِه وإن كان مِلْكُه[2].

قال: (وفي «الجامع الصغير[3]»: نهرٌ لرجلٍ، إلىٰ جَنْبه مُسَنَّاةٌ، ولآخَرَ خلفَ المُسَنَّاةِ أرضٌ تَلْزَقُها، وليست المُسَنَّاةُ في يدِ أحدِهما: فهي لصاحب الأرضِ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: هي لصاحب النهر، حريماً[4] لمَلْقَىٰ طِيْنِه، وغيرِ ذلك).

قولُه: وليست المُسَنَّاةُ في يدِ أحدهما: معناه: ليس لأحدِهما عليه غَرْسٌ، ولا طينٌ مُلْقىً، فيَنكشِفُ بهذا اللفظِ موضعُ الخلاف.

أما إذا كان لأحدِهما عليه ذلك: فصاحبُ الشَّغْل أَوْلىٰ؛ لأنه صاحبُ يدٍ.

ولو كان عليه غَرْسٌ، لا يُدرَىٰ مَن غَرَسَه: فهو من مواضع الخلاف أيضاً.

---

(١) أي صاحب الحائط من نَقْض الحائط.

(٢) أي وإن كان الحائط ملك صاحب الحائط.

(٣) ص١٩٢.

(٤) وفي نُسخ: حريمٌ.

. . . .

وثمرةُ الاختلاف: أنَّ ولايةَ الغَرْسِ لصاحب الأرض عنده، وعندهما: لصاحب النهر.

وأما إلقاءُ الطِّيْنِ: فقد قيل: إنه علىٰ الخلاف، وقيل: إنَّ لصاحب النهر ذلك ما لم يَفحُشْ.

وأما المرورُ: فقد قيل: يُمنَعُ صاحبُ النهر، عنده[1].

وقيل: لا يُمنَعُ؛ للضرورة.

قال الفقيه أبو جعفر[2] رحمه الله : آخُذُ بقوله: في الغَرْس، وبقولهما: في إلقاء الطِّيْن.

ثم عن أبي يوسف رحمه الله: أن حريمَه مقدارُ نصفِ بطنِ النهر من كلِّ جانب.

وعن محمدٍ رحمه الله: مقدارُ بطنِ النهر من كلِّ جانبٍ، وهذا أرفقُ بالناس، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي عند أبي حنيفة، خلافاً لهما، رحمهم الله جميعاً. البناية ١٥/٣٨.

(٢) الهِندواني محمد بن عبد الله، ت ٣٦٢ هـ. البناية ١٥/٣٨.

فصولٌ في مسائل الشِّرْب

فصلٌ في المياه

وإذا كان لرَجُلٍ نهرٌ، أو بئرٌ، أو قَنَاةٌ: فليس له أن يَمنعَ شيئاً من الشَّفَة، والشَّفَةُ: الشِّرْبُ لبني آدم، والبهائمِ .

فصولٌ في مسائل الشِّرْب(١)

فصلٌ في المياه

قال: (وإذا كان لرَجُلٍ نهرٌ، أو بئرٌ، أو قَنَاةٌ: فليس له أن يَمنعَ من ذلك شيئاً من الشَّفَة(٢)، والشَّفَةُ: الشِّرْبُ(٣) لبني آدم، والبهائمِ).

---

(١) هذه الفصول مما زاده المؤلف رحمه الله علىٰ بداية المبتدي التي ألَّفها أوَّلاً، وقد ذكرها خُواهَر زاده في شرح كتاب الشرب، كما في البناية ١٥/٣٩.

قلتُ: وهي فصولٌ مهمةٌ في بابها وواقعيتها، يندُر أن تجدها في غير الهداية.

وتمَّ تمييز نص بداية المبتدي التي ألفها المرغيناني ثانياً في عدة نُسخ خطية، منها: نسخة ٩٨١هـ، ونسخة ١٠٠٥هـ، ونسخة ١٠٥٨هـ، ونسخة ١٠٨٢هـ.

(٢) أهل الشَّفَة: الذين لهم حق الشُّرب بشفاههم، وسقي دوابهم، والاستقاء بالأواني، دون سقي الأرض، والشفةُ: واحد الشفاه، وأصله: شفهه، وسقطت الهاء تخفيفاً. المغرب (شفه).

(٣) الشِّرْبُ: بالكسر: النصيبُ من الماء، وفي الشريعة: عبارةٌ عن نَوْبَةِ الانتفاع بالماء سقياً للمزارع، أو الدواب. المغرب (شرب) ١/٤٣٦.

. . . .

اعلم أن المياهَ أربعةُ أنواعٍ:

١ـ منها: ماءُ البِحَار: ولكلِّ واحدٍ من الناس فيها حَقُّ الشَّفَةِ، وسَقْيِ[(١)] الأراضي[(٢)]، حتىٰ إنَّ مَن أرادَ أن يُكرِيَ[(٣)] نهراً منها إلىٰ أرضِه: لم يُمنَعْ من ذلك.

والانتفاعُ بماء البحر: كالانتفاع بالشمسِ والقمرِ والهواءِ، فلا يُمنَعُ من الانتفاعِ به علىٰ أيِّ وجهٍ شاء.

٢ـ والثاني: ماءُ الأوديةِ العِظَام، كجَيْحونَ وسَيْحونَ ودِجْلَةَ والفُراتِ: للناس فيه حَقُّ الشَّفَةِ علىٰ الإطلاق، وحَقُّ سَقْيِ الأراضي.

فإن أحيا واحدٌ أرضاً ميتةً، وكَرَىٰ منه نهراً ليسقِيَها: إن كان لا يُضِرُّ بالعامة، ولا يكونُ النهرُ في مِلكِ أحدٍ: له ذلك؛ لأنها مباحةٌ في الأصل، إذ قَهْرُ الماءِ: يَدفعُ قَهْرَ غيرِه[(٤)].

وإن كان يُضِرُّ بالعامة: فليس له ذلك؛ لأن دَفْعَ الضررِ عنهم واجبٌ، وذلك في أن يَميلَ الماءُ إلىٰ هذا الجانب إذا انكسرت ضِفَّتُه، فتَغْرَقَ القرىٰ والأراضي.

---

(١) أي وحق سقي الأراضي.

(٢) وفي نُسخ: الأرض.

(٣) أي يَحْفِر.

(٤) أشار بذلك إلىٰ أن أحداً ليس له قهرٌ في هذا الموضع؛ لقوة المياه فيها.

. . . .

وعلىٰ هذا: نَصْبُ الرَّحَىٰ عليه؛ لأنَّ شَقَّ النهرِ للرَّحَىٰ: كشَقِّه للسَّقْي به.

٣ـ والثالثُ: إذا دَخَلَ الماءُ في المَقَاسِمِ(١): فحَقُّ الشَّفَة ثابتٌ.

والأصلُ فيه: قولُه عليه الصلاة والسلام: «الناسُ شركاءُ في ثلاثٍ: في الماءِ، والكلأِ، والنارِ»(٢).

وإنه(٣) ينتظِمُ الشِّرْبَ(٤)، والشُّرْبَ(٥)، إلا أنه خُصَّ منه الأولُ(٦)، وبقيَ الثاني(٧)، وهو الشَّفَةُ.

ولأن البئرَ ونحوَها: ما وُضِعَتْ للإحراز، ولا يُملَكُ المباحُ بدونه(٨)، كالظبي إذا تكنَّسَ في أرضه(٩).

---

(١) أي في قسمة قومٍ بعينهم حين قَسَم الإمامُ فيما بينهم.

(٢) بلفظ: الناس شركاء: في الأموال لأبي عبيد ص٢٧١، وبلفظ: المسلمون: في سنن أبي داود (٣٤٧٧)، سنن ابن ماجه (٢٤٧٢)، مسند أحمد (٢٣٠٨٢)، وإسناده صحيح، ينظر البدر المنير ٧/٧٦، التلخيص الحبير ٢/١٥٣.

(٣) أي الحديث.

(٤) بكسر الشين: أي النصيب من الماء. البناية ١٥/٤٦.

(٥) بضم الشين: أي فِعْلُ الشارب.

(٦) أي الشِّرب، بالكسر.

(٧) أي وبقي الشُّرب ـ بالضم ـ علىٰ الشركة. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

(٨) أي بدون الإحراز.

(٩) أي دخل في كِناسه، وهو الموضع الذي يأوي إليه، ويستتر فيه، وفي نُسخ: تكسَّر.

وإن أراد رجلٌ أن يَسقيَ بذلك أرضاً أحياها: كان لأهل النهر أن يمنعوه عنه، أَضَرَّ بهم أو لم يُضِرَّ.

ولو كانت البئرُ أو العَيْنُ أو الحَوْضُ أو النهرُ في مِلْكِ رجلٍ: له أن يَمنعَ مَن يريدُ الشَّفَةَ من الدخول في ملكِه إذا كان يجدُ ماءً آخَرَ بقُرْبٍ من هذا الماءِ في غيرِ ملكِ أحدٍ.

ولأن في إبقاء الشَّفَةِ ضرورةً؛ لأن الإنسانَ لا يُمكنُه استصحابُ الماءِ إلىٰ كلِّ مكانٍ، وهو محتاجٌ إليه لنفسِه وظَهْرِه[1]، فلو مُنِعَ عنه: أفضىٰ إلىٰ حَرَجٍ عظيم، وهو مدفوعٌ.

قال: (وإن أراد رجلٌ أن يَسقيَ بذلك أرضاً أحياها: كان لأهل النهر أن يمنعوه عنه، أَضَرَّ بهم أو لم يُضِرَّ)؛ لأنه حَقٌّ خاصٌّ لهم، ولا ضرورةَ.

ولأنا لو أَبَحْنا ذلك: لانقطعتْ منفعةُ الشِّرْب.

٤- والرابع: الماءُ المُحْرَزُ في الأواني: فإنه صار مملوكاً له بالإحراز، وانقطع حَقُّ غيرِه عنه، كما في الصيد المأخوذ، إلا أنه بقِيَتْ فيه شُبهةُ الشركة؛ نظراً إلىٰ الدليل، وهو ما روينا، حتىٰ لو سَرَقَه إنسانٌ في موضعٍ يَعِزُّ وجودُه، وهو يساوي نصاباً: لم تُقطَعْ يدُه.

قال: (ولو كانت البئرُ أو العَيْنُ أو الحَوْضُ أو النهرُ في مِلْكِ رجلٍ: له أن يَمنعَ مَن يريدُ الشَّفَةَ من الدخول في ملكِه إذا كان يجدُ ماءً آخَرَ بقُرْبٍ من هذا الماءِ في غيرِ ملكِ أحدٍ.

---

(١) أي مركبه.

وإن كان لا يجدُ: يُقالُ لصاحب النهر: إما أن تُعطيَه الشَّفَةَ، أو تتركَه يأخذُ بنفسه بشرط أن لا يَكسِرَ ضِفَّتَه.

ولو مَنَعَه عن ذلك، وهو يَخافُ علىٰ نفسِه أو ظَهْرِه العَطَشَ: له أن يُقاتِلَه بالسلاح.

بخلاف الماءِ المُحرَزِ في الإناء، حيثُ يقاتِلُه بغير السلاح.

وإن كان لا يجدُ: يُقالُ لصاحب النهر: إما أن تُعطيَه الشَّفَةَ، أو تتركَه يأخذُ بنفسه بشرط أن لا يكسِرَ ضِفَّتَه)، وهذا مرويٌّ عن الطحاويِّ[١] رحمه الله.

وقيل: ما قاله صحيحٌ فيما إذا احتَفَرَ في أرضٍ مملوكةٍ له.

أما إذا احتفرها في أرضٍ مواتٍ: فليس له أن يمنَعَه؛ لأن المواتَ كان مشتركاً، والحَفْرُ كان لإحياء حَقٍّ مشترَكٍ، فلا يَقطعُ الشركةَ في الشَّفَة.

قال: (ولو مَنَعَه عن ذلك، وهو يَخافُ علىٰ نفسِه أو[٢] ظَهْرِه العَطَشَ: له أن يُقاتِلَه بالسلاح)؛ لأنه قَصَدَ إتلافَه[٣] بمَنْع حَقِّه، وهو الشَّفَةُ.

والماءُ في البئر: مباحٌ غيرُ مملوكٍ.

(بخلاف الماءِ المُحرَزِ في الإناء، حيثُ يقاتِلُه بغير السلاح)؛ لأنه قد مَلَكَه.

وكذا الطعامُ عند إصابةِ المَخْمَصَة.

---

(١) وفي نُسخ: علىٰ ما قاله الطحاوي.

(٢) هكذا: أو ظهره: في طبعات الهداية القديمة، وفي النسخ الخطية: وظهره.

(٣) وفي نُسخ: إهلاكه.

ولهم أن يأخذوا الماءَ منه للوضوء، وغَسْلِ الثيابِ، في الصحيح.

وإن أراد أن يَسقيَ شجراً أو خُضَراً في داره حَمْلاً بجِرَاره: . . . .

وقيل: في البئر ونحوِها: الأَوْلىٰ أن يُقاتِلَه بغير سلاحٍ، بعَصاً ونحوها؛ لأنه ارتكب معصيةً، فقام ذلك مَقامَ التعزير له.

والشَّفَةُ إذا كان يأتي علىٰ الماء كلِّه، بأن كان جَدْولاً صغيراً، وفيما يَرِدُ من الإبلِ والمواشي كَثْرةٌ يَنقطعُ الماءُ بشُرْبِها:

قيل: لا يُمنَعُ منه؛ لأن الإبلَ لا تَرِدُه في كلِّ وقتٍ، وصار كالمُياوَمَةِ، وهو سبيلٌ في قسمةِ الشِّرْب.

وقيل: له أن يَمنع[١]؛ اعتباراً بسقيِ المَزارِعِ والمَشاجِرِ، والجامعُ: تفويتُ حَقِّه.

قال: (ولهم أن يأخذوا الماءَ منه[٢] للوضوء، وغَسْلِ الثيابِ، في الصحيح)؛ لأن الأمرَ بالوضوء والغَسْلِ فيه[٣] ـ كما قيل ـ يؤدي إلىٰ الحرج، وهو مدفوعٌ.

قال: (وإن أراد أن يَسقيَ شجراً أو خُضَراً[٤] في داره حَمْلاً بجِرَاره[٥]):

---

(١) أي لصاحب النهر أن يَمنعَ.

(٢) أي من النهر المملوك، أو البئر المملوك.

(٣) أي لأن الوضوء وغَسل الثياب في داخل النهر والبئر: يؤدي إلىٰ الحرج.

(٤) بضم الخاء، وفتح الضاد: خُضَر، أو تسكينها: خُضْر: جمع: خُضرة.

(٥) أي حالَ كونه حاملاً الماءً بجِراره: جمع: جرَّة.

له ذلك، في الأصح.

وليس له أن يَسقيَ أرضَه ونخلَه وشجرَه من نهرِ هذا الرجل وبئرِه وقَنَاتِه إلا بإذنه نصًّا، وله أن يَمنعَ من ذلك.

له ذلك، في الأصح)؛ لأن الناسَ يتوسَّعون فيه، ويَعُدُّون المنعَ من الدناءة.

قال: (وليس له أن يَسقيَ أرضَه ونخلَه وشجرَه من نهرِ هذا الرجل وبئرِه وقَنَاتِه إلا بإذنه نصًّا، وله[١] أن يَمنعَ من ذلك)، لأن الماءَ متىٰ دخل في المَقَاسِم[٢]: انقطعت شركةُ الشِّرْب بواحدةٍ[٣]؛ لأن في إبقائه قطعَ شِرْبِ صاحبِه.

ولأن المسيلَ حَقُّ صاحبِ النهر، والضِّفَّةُ تَعَلَّقَ بها حَقُّه، فلا يُمكنُه التسييلُ فيه، ولا شَقُّ الضِّفَّة.

فإن أَذِنَ له صاحبُه في ذلك، أو أعارَه: فلا بأس به؛ لأنه حَقُّه، فتجري فيه الإباحةُ، كالماء المُحْرَزِ في إنائه، والله سبحانه وتعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي لصاحب النهر والبئر والقناة.

(٢) أي في قسمة رجلٍ بعينه، وفي نُسخ: المقاسمة.

(٣) أي بالكلية. حاشية نسخة ٧٣٨هـ.

فصلٌ
في كَرْيِ الأنهار

الأنهارُ ثلاثةٌ : نهرٌ غيرُ مملوكٍ لأحدٍ، ولم يَدخُلْ ماؤه في المَقاسِمِ بعدُ، كالفُرات ونحوِه.

ونهرٌ مملوكٌ، دَخَلَ ماؤه تحتَ القسمة، إلا أنه عامٌّ.

ونهرٌ مملوكٌ، دَخَلَ ماؤه في القسمة، وهو خاصٌّ.

فصلٌ في كَرْيِ[1] الأنهار

قال رضي الله عنه: (الأنهارُ ثلاثةٌ: نهرٌ غيرُ مملوكٍ لأحدٍ، ولم يَدخُلْ ماؤه في المَقاسِمِ بعدُ، كالفُرات ونحوِه.

ونهرٌ مملوكٌ، دَخَلَ ماؤه تحتَ القسمة، إلا أنه عامٌّ، ونهرٌ مملوكٌ، دَخَلَ ماؤه في القسمة، وهو خاصٌّ).

والفاصلُ بينهما: استحقاقُ الشُّفعة به[2]، وعدمُه.

---

(١) أي حَفْر النهر، وإخراج طِينه، وفَتْح ما انسدَّ منه.

(٢) أي بالنهر، وينظر البناية ٥٣/١٥، وأُنبِّه هنا إلىٰ أنه جاء في طبعات الهداية القديمة بدل لفظ: الشفعة: جاء لفظ: الشَّفَة، وكذلك في نسخة ١٠٠٥هـ من الهداية، وجاء في باقي النسخ: الشفع، وعلىٰ لفظ: الشفعة جرىٰ شُرَّاح الهداية ومَحَشُّوها.

فالأولُ : كَرْيُه علىٰ السلطان من بيتِ مال المسلمين .

فإن لم يكنْ في بيت المال شيءٌ : فالإمامُ يُجبِرُ الناسَ علىٰ كَرْيِه .

وأما الثاني : فكَرْيُه علىٰ أهله ، لا علىٰ بيتِ المال .

(فالأولُ: كَرْيُه علىٰ السلطان من بيتِ مال المسلمين)؛ لأن منفعةَ الكَرْيِ لهم، فتكونُ مؤنتُه عليهم، ويُصرَفُ إليه من مؤنة الخراجِ والجزية، دون العُشور والصدقات؛ لأن الثاني للفقراء، والأولَ للنوائب.

(فإن لم يكنْ في بيت المال شيءٌ: فالإمامُ يُجبِرُ الناسَ علىٰ كَرْيِه)؛ إحياءً لمصلحةِ العامة، إذْ هم لا يُقيمونَها بأنفسهم[١].

وفي مثله قال عمر رضي الله عنه: «لو تُرِكْتُم: لبِعتُم أولادكم[٢]»[٣].

إلا أنه يُخرَجُ[٤] له مَن كان يُطيقُه، وتُجعلُ مؤنتُه علىٰ المياسير الذين لا يطيقونَه بأنفسهم.

(وأما الثاني: فكَرْيُه علىٰ أهله، لا علىٰ بيتِ المال)؛ لأن الحَقَّ لهم،

---

(١) فقلَّ أن يُنفقوا في ذلك إلا بأمر الإمام الحاكم.

(٢) يعني لو تُركتم في مثل هذه النائبة التي تلحق بالمسلمين، ولم تُجبروا علىٰ إقامة المصلحة العامة في مثل هذه الصورة: لفسدت مياه المسلمين، ولم يحصل شيءٌ من مزارع الأرض، ووقع الغلاء إلىٰ أن يؤول الأمر إلىٰ بيع أولادكم. البناية ١٥/٥٤.

(٣) قال في نصب الراية ٤/٢٩٤: غريب، وفي الدراية ٢/٢٤٦: لم أجده، وقال البناية ١٥/٥٤: لم أقف عليه في الكتب المشهورة في الحديث، وإنما ذكره أصحابنا في كتبهم، ولم أدر من أين أخذوه؟!

(٤) أي يُخرَج لكري النهر مَن كان يُطيقُه.

ومَن أبىٰ منهم : يُجبَرُ علىٰ كَرْيه .

ولو أرادوا أن يُحصِّنوه خِيْفةَ الانبثاق، وفيه ضررٌ عامٌّ، كغَرَقِ الأراضي، وفسادِ الطُّرُقِ : يُجبَرُ الآبي، وإلا : فلا، بخلاف الكَرْيِ .

وأما الثالثُ : وهو الخاصُّ من كلِّ وجهٍ : فكَرْيُه علىٰ أهله .

والمنفعةُ تعودُ إليهم، علىٰ الخصوص والخُلوص[1].

(ومَن أبىٰ منهم: يُجبَرُ علىٰ كَرْيه)؛ دفعاً للضرر العام، وهو ضررُ بقيةِ الشركاء، وضررُ الآبي: خاصٌّ، ويُقابِلُه عوضٌ، فلا يُعارَضُ به.

قال: (ولو أرادوا أن يُحصِّنوه خِيْفةَ الانبثاق[2]، وفيه ضررٌ عامٌّ، كغَرَقِ الأراضي، وفسادِ الطُّرُقِ: يُجبَرُ الآبي، وإلا: فلا)؛ لأنه موهومٌ.

(بخلاف الكَرْيِ)؛ لأنه معلومٌ.

(وأما الثالثُ: وهو الخاصُّ من كلِّ وجهٍ: فكَرْيُه علىٰ أهله)؛ لِمَا بيَّنَّا.

ثم قيل: يُجبَرُ الآبي، كما في الثاني.

وقيل: لا يُجبَرُ؛ لأن كلَّ واحدٍ من الضررَيْن خاصٌّ، ويمكنُ دَفْعُه عنهم بالرجوع علىٰ الآبي بما أنفقوا فيه إذا كان بأمر القاضي، فاستوتِ الجهتان[3]، بخلاف ما تقدم.

---

(١) الخصوص: أي دون الاشتراك بالعامة، والخلوص: أي دون أن يكون للإمام شيء فيه.

(٢) وفي نُسخ: الانشقاق. أي الانفجار وخروج السيل منه.

(٣) وفي نُسخ: الجَنَبتان. أي جنبة الآبي، وجنبة رفقته.

ومؤنةُ كَرْيِ النهرِ المشترَكِ عليهم من أعلاه، فإذا جاوز أرضَ رجلٍ: رُفِعَ عنه، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: هي عليهم جميعاً من أوَّله إلىٰ آخِره، بحِصصِ الشِّرْبِ والأَرَضين.

ولا جَبْرَ لحَقِّ الشَّفَة، كما إذا امتنعوا جميعاً.

قال: (ومؤنةُ كَرْيِ النهرِ المشترَكِ عليهم من أعلاه، فإذا جاوز أرضَ رجلٍ: رُفِعَ عنه، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: هي عليهم جميعاً من أوَّله إلىٰ آخِره، بحِصصِ الشِّرْبِ والأَرَضين)؛ لأن لصاحب الأعلىٰ حَقّاً في الأسفل؛ لاحتياجه إلىٰ تسييل ما فَضَلَ من الماء فيه.

وله: أن المَقصودَ من الكَرْيِ: الانتفاعُ بالسَّقْي، وقد حَصَلَ لصاحب الأعلىٰ، فلا يَلزمُه إنفاعُ غيرِه.

وليس علىٰ صاحبِ المَسيل عِمارتُه، كما إذا كان له مَسيلٌ علىٰ سطح غيره، كيف وإنه يُمكنُه دَفْعُ الماءِ عن أرضِه بسَدِّه من أعلاه.

ثم إنما يُرفَعُ عنه إذا جاوَزَ أرضَه، كما ذكرناه.

وقيل: إذا جاوز فُوَّهَةَ[1] نهرِه، وهو مَرْويٌّ عن محمدٍ رحمه الله.

---

(١) بضم الفاء، وتشديد الواو، وهو أول النهر، وكذلك فُوَّهة الطريق، وفُوَّهة الزقاق. البناية ١٥/٥٨.

. . . .

والأولُ أصح؛ لأن له رأياً في اتخاذ الفُوَّهةِ من أعلاه وأسفلِه.

وإذا جاوز الكريُ أرضَه حتىٰ سقطت عنه مؤنتُه: قيل: له أن يفتحَ الماءَ ليسقيَ أرضَه؛ لانتهاء الكريِ في حقِّه.

وقيل: ليس له ذلك ما لم يَفرُغْ شركاؤه؛ نفياً لاختصاصه.

وليس علىٰ أهل الشَّفَة من الكريِ شيءٌ؛ لأنهم لا يُحْصَوْن، ولأنهم أتباعٌ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

فصلٌ

في دعوىٰ الشِّرْب، والاختلافِ، والتصرُّفِ فيه

وتصحُّ دعوىٰ الشِّرْب بغير أرضٍ؛ استحساناً.

وإذا كان نهرٌ لرجلٍ يَجري في أرضِ غيرِه، فأراد صاحبُ الأرضِ أن لا يُجرِيَ النهرَ في أرضه: تُرِكَ علىٰ حالِه.

فإن لم يكنْ في يدِه، ولم يكن جارياً: فعليه البينةُ أن هذا النهرَ له، أو أنه قد كان مَجْراهُ له في هذا النهر، يسوقُه إلىٰ أرضِه ليسقيَها: فيُقضىٰ له.

فصلٌ

في دعوىٰ الشِّرْب، والاختلافِ، والتصرُّفِ فيه

قال: (وتصحُّ دعوىٰ الشِّرْب بغير أرضٍ؛ استحساناً)؛ لأنه قد يُملَكُ بدون الأرضِ إرثاً، وقد يَبيعُ الأرضَ، ويُبقِي الشِّرْبَ له، وهو مرغوبٌ فيه، فتصحُّ فيه الدعوىٰ.

قال: (وإذا كان نهرٌ لرجلٍ يَجري في أرضِ غيرِه، فأراد صاحبُ الأرضِ أن لا يُجرِيَ النهرَ في أرضه: تُرِكَ علىٰ حالِه)؛ لأنه مستعمِلٌ له بإجراء مائه، فعند الاختلاف: يكون القولُ قولَه.

قال: (فإن لم يكنْ في يدِه، ولم يكن جارياً: فعليه البينةُ أن هذا النهرَ له، أو[1] أنه قد كان مَجْراهُ له في هذا النهر، يسوقُه إلىٰ أرضِه ليسقيَها: فيُقضىٰ له)؛

---

(١) وفي نُسخ: وأنه.

وإذا كان نهرٌ بين قومٍ، واختصموا في الشِّرْبِ : كان الشِّرْبُ بينهم علىٰ قَدْرِ أراضيهم.

فإن كان الأعلىٰ منهم لا يَشربُ حتىٰ يَسْكُرَ النهرَ : لم يكن له ذلك، ولكنه يَشرَبُ بحصته.

فإن تراضَوْا علىٰ أن يَسْكُرَ الأعلىٰ النهرَ حتىٰ يَشرَبَ بحصته، . . . . . .

لإثباته بالحجة مِلْكاً له، أو حقّاً مستَحَقّاً فيه.

وعلىٰ هذا: المَصَبُّ في نهرٍ، أو علىٰ سطحٍ[1]، أو الميزابُ[2]، أو المَمْشىٰ في دارِ غيره: فحُكْم الاختلافِ فيها: نظيرُه في الشِّرب.

قال: (وإذا كان نهرٌ بين قومٍ، واختصموا في الشِّرْبِ: كان الشِّرْبُ بينهم علىٰ قَدْرِ أراضيهم).

لأن المقصودَ الانتفاعُ بسَقْيها، فيتقدَّرُ بقَدْره، بخلاف الطريق؛ لأن المقصودَ التطرُّقُ، وهو في الدارِ الواسعةِ والضيِّقةِ علىٰ نَمَطٍ واحدٍ.

قال: (فإن كان الأعلىٰ منهم لا يَشربُ حتىٰ يَسْكُرَ النهرَ[3]: لم يكن له ذلك)؛ لِمَا فيه من إبطال حقِّ الباقِيْن، (ولكنه يَشرَبُ بحصته.

فإن تراضَوْا علىٰ أن يَسْكُرَ الأعلىٰ النهرَ حتىٰ يَشرَبَ بحصته،

---

(١) يعني أو المصب علىٰ سطح.

(٢) بالرفع: عطفاً علىٰ: المَصب.

(٣) أي يسدُّ النهرَ، من باب: سكَرَ النهرَ سكْراً: من باب: نصر: إذا سددتُه. البناية ١٥/٦٢.

أو اصطلحوا علىٰ أن يَسْكُرَ كلُّ واحدٍ منهم في نَوْبته : جاز .

وليس لأحدِهم أن يُكرِيَ منه نهراً ، أو يَنْصِبَ عليه رحىٰ ماءٍ إلا برضا أصحابِه .

إلا أن يكون رحىً لا يُضِرُّ بالنهر ولا بالماء ، ويكون موضعُها في أرضِ صاحبِها .

أو اصطلحوا علىٰ أن يَسْكُرَ كلُّ واحدٍ[1] منهم في نَوْبته: جاز)؛ لأن الحقَّ لهم، إلا أنه[2] إذا تمكَّن من ذلك بلَوْحٍ أو خشبةٍ: لا يَسْكُرُ بما يَنْكَبِسُ به النهرُ من غير تراضٍ، لكونه إضراراً بهم.

قال: (وليس لأحدِهم أن يُكرِيَ منه نهراً، أو يَنْصِبَ عليه رحىٰ ماءٍ إلا برضا أصحابِه)؛ لأن فيه كسرَ ضِفَّةِ النهر، وشَغْلَ موضعٍ مشتركٍ بالبناء.

(إلا أن يكون رحىً لا يُضِرُّ بالنهر ولا بالماء، ويكون موضعُها في أرضِ صاحبِها)؛ لأنه تصرُّفٌ في ملكِ نفسِه، ولا ضررَ في حقِّ غيرِه.

ومعنىٰ الضررِ بالنهر: ما بيَّنَّاه من كَسْرِ ضِفَّته، وبالماء: أن يتغيَّرَ عن سَنَنِه الذي كان يجري عليه.

والداليةُ[3]، والسانيةُ[4]: نظيرُ الرحىٰ.

---

(١) وفي نُسخ: رجل.

(٢) أي الأعلىٰ.

(٣) هي جِذعٌ طويلٌ يركب تركيب مداق الأرز، وفي رأسه مغرفةٌ كبيرةٌ يُستقىٰ بها. البناية ١٥/٦٤.

(٤) هي البعير الذي يُستَقىٰ عليه من البئر.

ولا يَتَّخِذُ عليه جسراً؛ ولا قَنطرةً.

بخلاف ما إذا كان لواحدٍ نهرٌ خاصٌّ، يأخذُ من نهرٍ خاصٍّ بين قومٍ، فأراد أن يُقَنطِرَ عليه، ويستوثِقَ منه : له ذلك.

أو كان مُقنطَراً مُستوثَقاً، فأراد أن يَنقُضَ ذلك، ولا يزيدُ ذلك في أَخْذِ الماءِ حيث يكون : له ذلك.

ويُمنَعُ من أن يوسِّعَ فَمَ النهر.

قال: (ولا يَتَّخِذُ عليه جسراً؛ ولا قَنطرةً)، بمنزلة طريقٍ خاصٍّ بين قوم.

(بخلاف ما إذا كان لواحدٍ نهرٌ خاصٌّ، يأخذُ من نهرٍ خاصٍّ بين قومٍ، فأراد أن يُقَنطِرَ عليه، ويستوثِقَ منه[1]: له ذلك.

أو كان مُقنطَراً مُستوثَقاً، فأراد أن يَنقُضَ ذلك، ولا يزيدُ ذلك في أَخْذِ الماءِ حيث يكون: له ذلك)، لأنه يَتصرَّفُ في خالصِ ملكِه وضعاً ورفعاً، ولا ضررَ بالشركاء بأخذ زيادةِ الماء.

قال: (ويُمنَعُ من أن يوسِّعَ فَمَ النهر)؛ لأنه يكسِرُ ضِفَّةَ النهر، ويزيدُ علىٰ مقدار حَقِّه في أخذ الماء.

وكذا إذا كانت القسمةُ بالكِوَىٰ[2].

---

(١) أي يشد جانبي القنطرة من النهر. البناية ١٥/٦٤.

(٢) أي ليس له أن يوسِّعَ الكُوَّةَ إذا كانت القسمة بالكوىٰ، وهو ثقب البيت أصلاً، ثم استُعير لمفاتح الماء إلىٰ المزارع أو الجداول، فيقال: كِوَىٰ النهر. البناية ١٥/٦٥.

ولو كانت القسمةُ وَقَعَتْ بالكِوَىٰ، فأراد أحدُهم أن يَقسِمَ بالأيام: ليس له ذلك.

ولو كان لكلٍّ واحدٍ منهم كِوَىً مسمَّاةٌ في نهرٍ خاصٍّ: ليس لواحدٍ أن يزيدَ كُوَّةً وإن كان لا يُضِرُّ بأهله.

وليس لأحدِ الشركاءِ في النهرِ أن يَسُوقَ شِرْبَه إلىٰ أرضٍ له أخرىٰ. . .

وكذا إذا أراد أن يُؤخِّرَها عن فَمِ النهر، فيجعلَها في أربعة أذرعٍ منه؛ لاحتباس الماءِ فيه، فيزدادُ دخولُ الماءِ فيه.

بخلاف ما إذا أراد أن يُسَفِّلَ كِواه، أو يَرْفَعَها، حيث يكونُ له ذلك، في الصحيح؛ لأن قسمةَ الماءِ في الأصل: باعتبار سَعَةِ الكُوَّة وضيقِها، من غير اعتبارِ التسفُّلِ والترفُّع، هو العادةُ، فلم يكن فيه تغييرُ موضعِ القسمة.

قال: (ولو كانت القسمةُ وَقَعَتْ بالكِوَىٰ، فأراد أحدُهم أن يَقسِمَ بالأيام: ليس له ذلك)؛ لأن القديمَ يُترَكُ علىٰ قِدَمِه؛ لظهور الحقِّ فيه.

قال: (ولو كان لكلٍّ واحدٍ منهم كِوَىً مسمَّاةٌ[1] في نهرٍ خاصٍّ: ليس لواحدٍ أن يزيدَ كُوَّةً وإن كان لا يُضِرُّ بأهله)؛ لأن الشركةَ خاصةٌ.

بخلاف ما إذا كانتِ الكِوَىٰ في النهر الأعظم؛ لأن لكلٍّ منهم أن يَشُقَّ نهراً منه ابتداءً، فكان له أن يزيدَ في الكِوَىٰ بالطريق الأَوْلىٰ.

قال: (وليس لأحدِ الشركاءِ في النهرِ أن يَسُوقَ شِرْبَه إلىٰ أرضٍ له أخرىٰ

---

(١) وضُبطت في نُسخ أخرىٰ: مسمَّاةً: بالنصب.

ليس لها في ذلك شِرْبٌ.

وكذا إذا أرادَ أن يَسُوقَ شِرْبَه في أرضِه الأُولىٰ حتىٰ ينتهيَ إلىٰ هذه الأرضِ الأخرىٰ.

ولو أراد الأعلىٰ من الشريكين في النهر الخاص، وفيه كِوَىً بينهما أن يَسُدَّ بعضَها دَفْعاً لفَيْض الماءِ عن أرضه؛ كي لا تَنِزَّ: ليس له ذلك.

وكذا إذا أراد أن يَقسِمَ الشِّربَ مناصَفَةً بينهما.

ليس لها في ذلك شِرْبٌ)؛ لأنه إذا تقادَمَ العهدُ: يُستدَلُّ به علىٰ أنه حقُّه.

قال: (وكذا إذا أرادَ أن يَسُوقَ شِرْبَه في أرضِه الأُولىٰ حتىٰ ينتهيَ إلىٰ هذه الأرضِ الأخرىٰ)؛ لأنه يستوفي زيادةً علىٰ حقِّه، إذِ الأرضُ الأُوْلىٰ تَنْشَفُ[1] بعضَ الماءِ قبلَ أن تُسقَىٰ الأرضُ الأخرىٰ.

وهو نظيرُ طريقٍ مشترَكٍ، أراد أحدُهم أن يفتحَ فيه باباً إلىٰ دار أخرىٰ، ساكنُها غيرُ ساكنِ هذه الدار التي يفتحُها في هذا الطريق.

قال: (ولو أراد الأعلىٰ من الشريكين في النهر الخاص، وفيه كِوَىً بينهما أن يَسُدَّ بعضَها دَفْعاً لفَيْض الماءِ عن أرضه؛ كي لا تَنِزَّ: ليس له ذلك)؛ لِمَا فيه من الضرر بالآخَر.

(وكذا[2] إذا أراد أن يَقسِمَ الشِّربَ[3] مناصَفَةً بينهما[4])؛ لأن القسمةَ

---

(١) أي تشرب.

(٢) أي ليس له.

(٣) وفي نُسخ: النهر، وفي أخرىٰ: الشهر.

(٤) أي بالأيام أو الشهور.

وكذا لورثتِه من بعده.

والشِّرْبُ: مما يورَثُ، ويوصَىٰ بالانتفاع بعينه.

بخلاف البيعِ والهبةِ والصدقةِ والوصيةِ بذلك كله.

وكذا لا يَصلُحُ مسمًّى في النكاح، حتىٰ يجبُ مهرُ المثل، ولا في الخلع، حتىٰ يجبُ ردُّ ما قَبَضَتْ من الصَّدَاقِ.

ولا يَصلُحُ بدلَ الصلح عن الدعوىٰ.

بالكِوَىٰ تقدَّمَتْ، إلا أن يتراضيا؛ لأن الحقَّ لهما.

وبعدَ التراضي: لصاحب الأسفلِ أن يَنقُضَ ذلك.

قال: (وكذا لورثتِه من بعده)؛ لأنه إعارةُ الشِّرْبِ، فإن مبادلةَ الشِّرْبِ بالشِّرْب باطلةٌ.

قال: (والشِّرْبُ: مما يورَثُ، ويوصَىٰ بالانتفاع بعينه.

بخلاف البيعِ والهبةِ والصدقةِ والوصيةِ بذلك كله)، يعني بهذه العقودِ، حيثُ لا تجوزُ هذه العقودُ، إما للجهالة، أو للغرر، أو لأنه ليس بمالٍ متقوِّمٍ، حتىٰ لا يَضمَنُ إذا سقىٰ من شِرْبِ غيرِه، وإذا بطلتِ العقودُ: فالوصيةُ بالباطل: باطلةٌ.

قال: (وكذا لا يَصلُحُ مسمًّى في النكاح، حتىٰ يجبُ مهرُ المثل، ولا في الخلع، حتىٰ يجبُ ردُّ ما قَبَضَتْ من الصَّدَاقِ)؛ لتفاحش الجهالة.

قال: (ولا يَصلُحُ بدلَ الصلح عن الدعوىٰ)؛ لأنه لا يُملَكُ بشيءٍ من العقود.

ولا يُباع الشِّربُ في دَيْنِ صاحبِه بعد موتِه بدون أرضٍ، كما في حال حياته.

وإذا سقىٰ الرجلُ أرضَه، أو مَخَرَها ماءً فسالَ من مائها في أرضِ رجلٍ، فغرَّقَها، أو نَزَّتْ أرضُ جارِه من هذا الماء: لم يكن عليه ضمانُها.

قال: (ولا يُباع الشِّربُ في دَيْنِ صاحبِه بعد موتِه بدون أرضٍ، كما في حال حياته).

وكيف يصنعُ الإمام؟: الأصحُّ أن يَضُمَّه إلىٰ أرضٍ لا شِرْبَ لها، فيبيعُهما بإذن صاحبها، ثم يَنظرُ إلىٰ قيمةِ الأرض، مع الشِّرْب، وبدونه: فيَصرِفُ التفاوتَ إلىٰ قضاءِ الدَّيْن.

وإن لم يجدْ ذلك: اشترىٰ علىٰ تَركَةِ الميت أرضاً بغير شِرْب، ثم ضَمَّ الشِّرْبَ إليها، وباعَهَما، فيَصرِفُ[1] من الثمن إلىٰ ثمنِ الأرضِ، ويَصرِفُ الفاضلَ[2] إلىٰ قضاء الدَّيْن.

قال: (وإذا سقىٰ الرجلُ أرضَه، أو مَخَرَها ماءً)، أي مَلأَها، (فسالَ من مائها في أرضِ رجلٍ، فغرَّقَها، أو نَزَّتْ أرضُ جارِه من هذا الماء: لم يكن عليه ضمانُها)؛ لأنه غيرُ مُتَعَدٍّ فيه، والله تعالىٰ أعلم.

* * * *

* تمَّ الجزء السادس، ويليه الجزء السابع، ويبدأ بكتاب الأشربة.

---

(١) وفي نُسخ: فيؤدِّي.

(٢) وهو ثمن الشِّرب.

فهرس موضوعات الجزء السادس

* * * * *

فهرس مجمل لكتاب الهداية كاملاً

فهرس الجزء الأول

فهرس الجزء الثاني

فهرس الجزء الثالث

فهرس الجزء الرابع

فهرس الجزء الخامس

فهرس الجزء السادس

فهرس الجزء السابع

* * * * *

